أحكام الأسرة في الإسلام

دراسة مقارنة

بين

فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون

للأستاذ الدكتور

محمد مصطفى شلبي

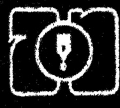
رئيس قسم الشريعة بجامعة الاسكندرية سابقاً

ورئيس قسم الشريعة بجامعة بيروت العربية

الطبعة الرابعة

١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م





الدار الجامعية

أحكام الأسرة في الإسلام

دراسة مقارنة

بين

فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون



للأستاذ الدكتور

محمد مصطفى شلبي

رئيس قسم الشريعة بجامعة الاسكندرية "سابقا"
ورئيس قسم الشريعة بجامعة بيروت العربية

الطبعة الرابعة
١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

الدار الجامعية
للطباعة والنشر
بيروت ص ب ٩٢٢٢

بسم الله الرحمن الرحيم

[والله جعل لكم من أنفسكم أزوآجا وجعل لكم
من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات]

صدق الله العظيم

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث : في شروط النفاذ	١٣٦
المبحث الرابع . في شروط اللزوم	١٣٧
الفصل الثالث في طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار	١٤٣
المبحث الأول : في اثبات الزواج	١٤٣
المبحث الثاني : في تزويج الصغار	١٤٤
موقف الفقهاء من تزويج الصغار	١٤٤
موقف القانون في لبنان	١٤٦
موقف القانون في جمهورية مصر العربية	١٤٩
١ – في إجراء عقد الزواج	١٤٩
٢ – فى سماع دعوى الزوجية	١٥١
الفصل الرابع : في أنواع الزواج من الأطلاق والتقييد في صيغته	١٥٧
المبحث الأول : في الزواج المعلق والمضاف	١٥٨
المبحث الثاني : فى المؤقت	١٥٩
المبحث الثالث : في زواج المتعة بين المانعين والمجوزين	١٦١
المبحث الرابع : في الزواج المقترن بشرط	١٧٢
مذهب الحنفيه في الشروط	١٧٣
مذهب الجعفرية	١٧٦
اشتراط الخيار في الزواج	١٧٧
الباب الثالث : في المحرمات من النساء	١٧٩ - ٢٦٨
الفصل الأول في المحرمات على التأبيد	١٨٣
المبحث الأول : في المحرمات بالنسب	١٨٣
آراء الفقهاء في تحريم بنت الزنا	١٨٦
المبحث الثاني : في المحرمات بالمصاهرة	١٨٨

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

القسم الثاني في فرق الزواج ٤٧٩ ـ ٦٨٨

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحه

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني في الاقرار	٧١٤
شروط الاقرار بالنبوة	٧١٥
الاقرار بالابوة والامومة وشروطه	٧١٩
الفرق بين الأقرار بالبنوة والتبني	٧٢٣
المبحث الثاني في البينة	٧٢٤
الفصل الثالث في اللقيط واحكامه	٧٢٩
الباب الثاني في الرضاع	٧٣٥ ـ ٧٥٠
الفصل الأول في وجوب الرضاع وعلى من يجب	٧٣٧
الفصل الثاني في أجرة الرضاع	٧٤٥
الباب الثالث في الحضانة	٧٥١ ـ ٧٨٦
الفصل الأول في التعريف بها واصحاب الحق فيها	٧٥٣
الحضانة بين الحق والواجب	٧٥٣
من يثبت له حق الحضانة على الصغير	٧٥٦
ترتيب الحاضنات من النساء	٧٥٧
ترتيب الحاضنين من الرجال	٧٥٩
الفصل الثاني في شروط اهلية الحضانة	٧٦٣
الفصل الثالث في أجرة الحضانة واستحقاقها ومن تجب عليه	٧٦٧
متى تستحق الحاضنة اجرا ؟	٧٦٨
على من تجب أجرة الحضانة)	٧٦٩
الحضانة بين المتبرعة بها وطالبة الأجر عليها	٧٧٠
الفصل الرابع في مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه	٧٧٣
اثر انتقال الحاضنة الى بلد منعت من الانتقال إليه	٧٧٧

الموضوع	الصفحة
تصرفات وصي القاضي والفرق بينه وبين الوصي المختار	١٢٩
تصرفات الوصي في القانون	٨٣٠
الباب الخامس في نفقة الأولاد والأقارب	٨٣٩ - ٨٨٣
فصل تمهيدي في تحديد القرابة الموجبة للنفقة ، والاصول التي يقوم عليها نظام النفقات	٨٤١
آراء المذاهب في المراد بالقرابة وادلتهم على ذلك	٨٤٣
الأصول التي يقوم عليها نظام النفقات في الاسلام	٨٤٦
الفصل الأول في نفقة الفروع على الاصول	٨٥٣
الفصل الثاني في نفقة الأصول على الفروع	٨٦٣
الفصل الثالث في نفقة الحواشي	٨٦٩
الفصل الرابع في ترتيب وجوب النفقة عند اجتماع نوعين او اكثر	٨٧٥
الحالة الأولى اجتماع الأصول والفروع	٨٧٥
الحالة الثانية اجتماع الأصول والحواشي	٨٧٧
الحالة الثالثة اجتماع الفروع والحواشي	٨٨٠
الحالة الرابعة اجتماع الأصول والفروع والحواشي	٨٨٢

تقديم الطبعة الأولى للكتاب

نحمدك اللهم على نعمائك ، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائك . وعلى من سبقه من الأنبياء والمرسلين .

وبعد . فقد درست موضوع هـذا الكتاب في جامعة بيروت العربية في زيارة سابقة مدة عامين كاملين ، وأخرجت أصوله على هيئة مذكرات لم تكتمل حينذاك ، ومرت بعدها ثلاث سنوات وددت فيهـا أن يتوفر لي الوقت الكافي لإعادة النظر في تلك المذكرات واكالها لأخرجها كتاباً مطبوعاً يأخذ مكانه في مكتبة المراجع الفقهية والقانونية ولكن الشواغل العديدة حالت بيني وبين ما أردت .

واليوم – وقد حانت الفرصة لتحقيق تلك الأمنية – أدعو الله مخلصاً أن يمدني بعونه على أتمام ما بدأت ، وأن يعصمني من الزلل . كما أسأله جلت قدرته أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يعم به النفع إنه على ما يشاء قدير وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

محمد مصطفى شلبي

بيروت في شوال سنة ١٣٩٣ هـ

نوفمبر « تشرين الثاني » ١٩٧٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الجديدة

أحمدك اللهم على جزيل عطائك، وأصلي وأسلم على خاتم أنبيائك، محمد بن عبد الله المبعوث رحمة للعالمين، صلوات الله وسلامه عليه، وعلى آله الأطهار، وصحابته الأبرار، ومن سار على دربهم إلى يوم الدين.

وبعد: فقد خرج هذا الكتاب للناس مطبوعاً لأول مرة في عام ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م فبلغ بذلك من العمر تسع سنوات كاملة، طبع فيها ثلاث مرات بأعداد كبيرة، علمها عند الله أولاً، ثم الناشر ثانياً، نفذت كلها لاقبال المشتغلين بالفقه الإسلامي تدريساً وتطبيقاً. من أساتذة وطلاب، وقضاة ومحامين، ولعلهم وجدوا فيه مرجعاً علمياً لا غنى لباحث عنه، وهذا ما شجعني على إعادة طبعه للمرة الرابعة، بعد محاولة خاطفة لاعادة النظر فيما سطر فيه لتصحيح خطأ مطبعي، وتوضيح عبارة غامضة، واكمال ما بدا لي في بعض مواضعه من قصور.

وتلك طبيعة الإنسان غير المعصوم من الخطأ، وقديماً قال العلماء: المجتهد يخطىء ويصيب.

وفي هذا يقول إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضي الله عنه:

« كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية » مشيراً إلى

مثوى رسول الله ﷺ ، ويقول العماد الأصفهاني الكاتب المشهور : « اني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يوم إلا قال في غده أو بعد غده : لو غُيّر هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العِبَر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

فسبحان من تفردَ بالكمال وحده ، وفي هذا يقول جل شأنه : « والله بكل شيء عليم » البقرة ـ ٢٨٢ ، وفي آية أخرى يقول جل ثناؤه : « وفوق كل ذي علم عليم » يوسف ـ ٧٦ .

وجعل النقص من لوازم البشر ، وأصدق دليل على ذلك قوله عز من قائل : « وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » . الاسراء ٨٥

ولا يفوتني هنا أن أقرر في صراحة : إنني عاهدت الله على ألا أذكر في هذا الكتاب ، ولا في غيره إلا ما أقتنع بصحته ، ولا أرجح رأياً إلا إذا اطمأنت نفسي لرجحانه ، ولا أدل على ذلك من أنه حينما صدر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية ، ووجدت في بعض نصوصه ما ليس له أساس في فقه الفقهاء ، أو يخالف شريعة الله لم أدخل هذا التعديل في صلب الكتاب ، بل جعلت له ملحقاً خاصاً به ، وسيظل مفصولا عنه حتى يعاد النظر فيه ، ويصحح ما به من مخالفات ، وأرجو الله أن يكون قريباً .

وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

بيروت في صباح الخميس غرة ربيع الأول سنة ١٤٠٣ هـ
١٦ من ديسمبر (كانون الأول) سنة ١٩٨٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحة الكتاب

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون .

والصلاة والسلام على خاتم رسل الله المبعوث رحمة للعالمين ، ورضي الله عن أصحاب رسول الله الذين اتبعوه وجاهدوا معه بأموالهم وأنفسهم لإعلاء كلمة الله ، فانتهى بذلك عهد الشرك ورفرفت راية الإسلام على أنحاء الجزيرة العربية كلها . ومنها انطلق إلى الآفاق يغزو القلوب بعدله وسماحته ، فدخل الناس في دين الله أفواجاً ، وتكونت للاسلام دولة لم يعرف التاريخ لها مثيلاً منذ بدء الخليقة إلى الآن .

وبعد . فإن الإسلام الذي رضيه الله للناس دينا – تشريع كامل تناول كل جوانب الحياة . خلص العقيدة مما اختلط بها من أخلاط الوثنية ، وطهر النفوس مما لوثها من رذائل الجاهلية ، ونظم علاقة الانسان بخالقه والناس بعضهم ببعض أفراداً وجماعات .

بني هذا التنظيم على أسس سليمة متينة لا تضعف ولا تتزعزع مهما طال الزمن . فيها من المرونة ما يجعله متطوراً بتطور الحياة متجاوباً مع مصالح الناس وحاجاتهم دون أن يوقعهم في حرج أو عنت .

ولما كان من أهدافه الأصلية بناء مجتمع سليم يعيش الناس فيه سعداء عني بتنظيم الأسرة عناية بالغة لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، فوضع لها نظاماً محكماً إذا سار الناس على هديه استقرت أمورهم وعاشوا في أمان .

ومن تتبع نصوص القرآن والسنة في ذلك يجد الشارع الحكيم رسم الطريق المستقيم لتكوين الأسرة الصالحة ، فبين طريقة اختيار الزوجة وكيفية إنشاء عقد الزواج وطريقة المعاشرة الزوجية ، وأرشد كلاً من الزوجين إلى ماله من حقوق قبل الآخر وما عليه من واجبات ، ولم ينس أنه قد يثور النزاع بينهما لسبب أو لآخر فوضع العلاج المتدرج المناسب لكل خلاف ، ثم وضع الطريقة المثلى لأنهاء هذا العقد إذا ما استحكم الخلاف وباءت الحياة الزوجية بالفشل ، وما يترتب على هذا الأنهاء من آثار ، كا بين حقوق الأولاد قبل والديهم صغاراً وكباراً ، وما للوالدين عليهم من حقوق . غير أن النصوص المتعلقة بالأسرة على كثرتها لم تفصل كل الأحكام شأن التشريع الاسلامي بوجه عام، فتدخل الاجتهاد المشروع لاستنباط الأحكام لما يجد من الأمور .

وللفقهاء طرقهم في الاجتهاد . لكل منهم أصوله وقواعده التي يسير عليها فكان الاختلاف في الاستنباط ، والاختلاف في ذاته ليس عيباً ، بل هو رحمة لهذه الأمة كا ورد عن رسول الله « اختلاف أمتي رحمة » . وإنما العيب في التعصب لتلك الآراء حتى ولو بان خطؤها .

هذا ولما عهد إلي تدريس الشريعة الإسلامية لطلاب الحقوق بجامعة بيروت العربية وكان من مقرراتها الأحوال الشخصية أو حقوق العائلة رأيت أن أضع لهم كتاباً يكفيهم مؤنة البحث في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة التي يحتاج القارىء فيها إلى مران خاص وتكوين معين .

أسير في بحث مسائله وترتيبها على منهج خاص يتفق ووضع الجامعة ومجموعات الطلاب المنتسبين اليها ، فهم يؤلفون وحدة عربية تكاد تجمع ممثلين لكل بلدان العرب . وفيهم من المسلمين السني والشيعي ، هذا المنهج يتلخص

في عرض المسائل بما فيها من آراء لفقهاء أهل السنة وموقف المذهب الجعفري منها مع بيان سند كل رأى بقدر ما يسمح به الوقت لأخلص منه إلى بيان الراجح من تلك الآراء دون تعصب لرأي يعينه مهما كان قائله .

ثم أتبع كل مسألة بذكر الرأي المعمول به فيما صدر من قوانين في جمهورية مصر العربية وجمهورية لبنان ووجه اختياره للعمل به وما يوجه إليه من نقد إن كان للنقد موضع .

وستكون عنايتي الخاصة بالمذهبين الحنفي والجعفري لما لهما من أهمية في العمل في كثير من البلدان الإسلامية ، فالجعفري يسير عليه الجعفرية أينما وجدوا وبخاصة في لبنان، والمذهب الحنفي هو مرجع العمل في مصر بوجه عام وبالنسبة للمسلمين السنيين في لبنان وفي سوريا والعراق والأردن فيما لم تصدر به قوانين خاصة فوق أن أكثر أحكام تلك القوانين مأخوذة منه .

وقد رتبت الكتاب على مقدمة وثلاثة أقسام :

أما المقدمة ففي بيان المقصود بكلمة الأحوال الشخصية وما قنن منها إلى الآن ، وما يجري عليه العمل في القضاء في مصر ولبنان .

والقسم الأول في عقد الزواج . مقدماته وإنشائه وأركانه وشروطه ومحله وآثاره المترتبة عليه .

والقسم الثاني في إنهاء هذا العقد وبيان أنواع الفرق والعدة وغيرهما مما يترتب على إنهاء الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة من آثار .

والثالث : في حقوق الأولاد باعتبارهم ثمرة من ثمرات الزواج – من نسب ورضاع وحضانة وولاية ونفقة .

ومن الله جلت قدرته أستمد العون لإتمامه على الوجه الذي يتم به النفع في

بابه ، كما أضرع إليه سبحانه أن يعصمني من الزلل ، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ليكون ذخراً لصاحبه يوم لا ينفع مال ولا بنون . إنه على كل شيء قدير وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

محمد مصطفى شبلي

بيروت في : ٢٧ رجب سنة ١٣٨٨ ﻫ

١٨ من اكتوبر (تشرين أول) ١٩٦٨ م

المقدمة

في بيان المراد بالأحوال الشخصية ومرجع القضاء فيها

جرى عرف أكثر الفقهاء من أهل السنة على تقسيم أحكام الفقه الاسلامي إلى قسمين رئيسيين . عبادات وهي التي تنظم علاقة الإنسان بربه ، ويقصد بها التقرب إلى الله سبحانه كالصلاة والصيام والحج وغيرها .

ومعاملات أو عادات وهي التي تنظم علاقات الأفراد والجماعات بعضهم مع بعض ، وكانوا يعنونون لكل مجموعة تنظم نوعاً من العلاقات بعنوان يجمعها ككتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب البيع وكتاب الجنايات . والوصايا والمواريث الخ .. وان كان بعضهم يقسمها إلى أربعة عبادات ومناكحات ومعاملات وعقوبات موجهاً ذلك بأن المسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، وأما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم إلى الثلاثة الباقية .

لأن بقاء العالم منظماً يحتاج إلى قوانين شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات، وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهو قسم المعاملات، ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزاء وهي قسم العقوبات [1] .

كما جرى عرف فقهاء الشيعة (الجعفرية) على تقسيم الموضوعات الفقهية إلى أربعة أقسام عبادات وعقود وإيقاعات وأحكام .

---

(١) المجلة العدلية في مادتها الأولى .

لأن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بالأمور الأخروية – أي معاملة العبد ربه – أو الدنيوية . فإن كان الأول فهو العبادات ، أما الثاني فأما أن يحتاج إلى صيغة أو لا . فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام كالديات والميراث والقصاص والأطعمة، وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد سمي بالايقاعات كالطلاق والعتق ، وان كان من طرفين سمي بالعقود ويدخل فيها المعاملات والنكاح [١] .

فلم تكن كلمة الأحوال الشخصية (التي يراد بها مجموعة الأمور التي يتميز بها الإنسان عن غيره والتي تربطه بعائلته) معروفة عند الفقهاء المسلمين القدامى . وانما هي اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية وهي ما تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجية وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها والنسب والميراث ، فإن كون الإنسان أباً أو ابناً أو كونه وارثاً أو محروماً من الميراث صفات شخصية ، وأحوال عينية . وهي تتعلق بالعلاقات المالية [٢] .

وقد كان تحديد مضمون الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء في مصر إزاء تحديد اختصاص المحاكم الشرعية التي جعل اختصاصها الفصل في قضايا الأحوال الشخصية إلى أن فصلت فيه محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢١ يونيه ١٩٣٤ فقضت (بأن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية . ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها

---

(١) هامش المختصر النافع في فقه الامامية في المقدمة طبع وزارة الأوقاف بمصر .

(٢) أصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٩٠ وما بعدها حيث يقول : وعامة القانون الخاص هو القانون المدني .. فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الاحوال العينية .

لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب إليه ديانه فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل الأحوال الشخصية .

وقريب من هذا ما جاء بالمادة (١٣) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ التي ذكرت بصدد تحديد ولاية المحاكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية للأجانب .

ويلاحظ هنا أن التحديد كان بالنسبة للاختصاص القضائي حيث كان النزاع قائماً بين المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك ، والحق أن الأحوال الشخصية كما ينبيء لفظها تختص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص ، وأمـا المسائل المتعلقة بالمال فهي داخله في دائرة الأحوال العينية . والذي دعا إلى إدخال بعض المسائل المالية في الأحوال الشخصية أمران :

أولهما : تحديد اختصاص كل من المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك .

ثانيهما : إبقاء المسائل التي فيها جانب ديني كالوصية والهبة والوقف أو ترتبط بأمر ديني كالنفقة والمهر وغيرها من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية التي قصر عملهـا على النظر في الأمور الدينية .

وعلى ذلك تكون مسائل الأحوال الشخصية تتناول مجموعات ثلاث :

١ ــ المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال .

٢ ــ المسائل المتعلقه بالأسرة .

٣ – المسائل المتعلقة بالوصايا والمواريث [١] .

وقد كانت المحاكم الشرعية قبل الاحتـــلال الأجنبي هي التي تحكم في كل المنازعات ، فلما أدخلت القوانين الأجنبية وأنشئت المحاكم الأهلية وغيرها . قصر عمل المحاكم الشرعية على الفصل في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . ومن هنا دخلت هذه الكلمة في كتب الفقه الإسلامي الحديثة ، فألفت كتب في أحكام الأحوال الشخصية وكانت في أول الأمر شاملة لكل مسائله من زواج وطلاق وما يتعلق بهما ووصية وولاية وحجر على بعض الأشخاص وغيرها .

وبعد ذلك ألفت كتب بهذا العنوان قاصرة على أحـكام الزواج والطلاق وحقوق الأولاد . وشاعت هـــذه التسمية في السنين الأخيرة حتى بعد أن قننت مسائل المواريث والوصايا والولاية وانفردت بمؤلفات خاصة .

وأنت ترى معي أن هذه التسمية العامة – مع بقاء الاصطلاح في الأحوال الشخصية – أصبحت غير سليمة إلا إذا قيدت بما يتعلق بالأسرة .

فالأسلم أن تسمي تلك المجموعة من الأحكام بأحكام الأسرة في الاسلام أو بنظام الأسرة في الإسلام ما دامت موضوعاتها كلها متعلقة بالأسرة .

لمحة عن مرجع القضاء في الإسلام
وتقنين أحكام الأحوال الشخصية

كان مرجع القضاء في صدر الإسلام في عهد الخلفاء الراشدين كتاب الله وسنة رسوله ، فإذا لم يجد القاضي الحكم فيها اجتهد رأيه أو استشار الخليفة . وبعـد عصر هؤلاء تجمع من فتاوى فقهاء الصحابة مجموعة تناقلها الرواة فكانت بمثابـة

---

(١) أصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٣٢٢ .

مصدر آخر يلجأ إليه القاضي إذا لم يجـد الحكم في القرآن والسنة من غير ان يكون ملزماً بفتوى بعينها إلا بما اتفقوا عليه ، وأما ما اختلفوا فيه فكان بتخير من آرائهم أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله ، فإن لم يجد اجتهد رأيه .

استمر الأمر على ذلك طوال عهد الأمويين وشطراً من العهـد العباسي لم يفكر أحد في تقييد القاضي بالقضاء برأي معين إذا استثنيا ما هم به المنصور العباسي من إلزام الناس بالعمل بما في موطأ الإمام مالك الأمر الذي لم يتم لعدم موافقة الإمام مالك نفسه – لأن القضاة كانوا يختارون من المجتهدين فقط . إلى أن تولى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة القضاء في بغـداد أيام هارون الرشيد ، وارتفعت منزلته حتى أصبح المشرف على أعمال القضاة وصاحب المشورة الأولى لاختيارهم ، فمـا كان يشير بتولية قاض في أنحاء الدولة إلا إذا كان من أتباع أبي حنيفة .

فبدأ الأمر يتحول إلى القضاء بمذهب معين وان كان القضـاة أنفسهم من المجتهدين المنتسبين الأمر الذي جعل الراغبين في تولي القضاء ينتقلون من مذاهبهم إلى مذهب أبي حنيفة حتى غدا المذهب الرسمي للدولة العباسية يسير القضاء فيها عليه إذا استثنينا بعض نواحيها كالأندلس ، فان قضاءها كان بمذهب الإمـام مالك ، والشام التي كان قضاؤها بمذهب فقيهها الإمام الأوزاعي فترة من الزمن قبل انقراضه .

بقي الأمر على ذلك إلى أن ضعفت الدولة العباسية فانتقل القضاء مـن مذهب أبي حنيفة في كثير من الأقطار إلى مذاهب أخرى . فالمذهب الشيعي في بلاد المغرب ومصر والشام إبان قيام دولة الفاطميين فيها . ولما زالت دولتهم بقيام دولة الأيوبيين التي أسسها صلاح الدين الأيوبي حل محله المذهب الشافعي في مصر والشام فترة من الزمن ثم عاد المذهب الحنفي .

ولما قامت دولة المماليك أعادوا القضـاء أولاً إلى المذهب الشافعي ثم إلى

المذاهب الأربعة وان بقيت الرياسة للقاضي الشافعي .

واستمر الأمر كذلك إلى أن وليت الدولة العثمانية حكم مصر والشام وكان المذهب الحنفي مذهبها الرسمي فاسترد مكانته في مصر ، وأصبح المذهب الرسمي في القضاء فيها وان بقي معه المذهبان المالكي والشافعي .

وفي عهد محمد علي تم توحيد القضاء فيها بالمذهب الحنفي فأصبح القضاء في مصر والشام والعراق بهذا المذهب بل في أكثر البلدان الإسلاميه .

ولما دخلت القوانين الأجنبية مع المستعمرين أنشئت محاكم أخرى بجانب المحاكم الشرعية زاحمتها فاقتصر عملها على الفصل في مسائل الأحوال الشخصية بعد أن كانت تفصل في كل شيء .

وجد الناس نوعين من المحاكم . نوع يقضي بقانون مسطور محدد ، وآخر يقضي بمذهب فقهي تتعدد فيه الآراء في كثير من مسائله ، ومطلوب من القاضي القضاء بالراجح منها ، والوصول إليه تعترضه الصعاب لاختلاف الفقهاء في الترجيح ، فقد يرجح أحدهم رأياً بينما يرجح غيره رأياً آخر وكذلك الكتب مع خلوها من الفصل بالترجيح في بعض المسائل التي كانت موضع حيرة الفقهاء واختلافهم .

لهذا ولما في المذهب الحنفي من مسائل لا تساير المصلحة في كل وقت بينما توجد أحكام في المذاهب الأخرى تحقق المصلحة قامت حركات في البلدان الإسلامية التي تسير على هذا المذهب تطالب بتقنين أحكام الأحوال الشخصية وبخاصة أحكام الأسرة لا يتقيد فيه بمذهب معين .

سبقت مصر غيرها في الاستجابة لتلك الصيحات فألفت لجنة لوضع مشروع قانون لمواضع الشكوى لا تتقيد فيه بمذهب معين ، فأعدت مشروعها في سنة ١٩١٥ م، ثم رأت اللجنة عرض هذا المشروع على العلماء والقضاة ورجال القانون ليبدوا رأيهم فيه فاختلفت اتجاهاتهم ما بين مؤيد ومعارض ، ولكن جانب

المعارضة كان أقوى من الآخر فطوى المشروع ، ولم تستطع الحكومة حينذاك اصداره لظروف الحرب والاحتلال .

وفي هذا الوقت بادرت تركيا وأصدرت قانون حقوق العائلة في المحرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق سنة ١٩١٧ م وهو غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية بعد أن أصدرت من قبل مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر قانوناً مدنياً كاملا فيه قليل من أحكام الأحوال الشخصية كأحكام الحجر والهبة .

وبهذا تكون تركيا الإسلامية سبقت البلاد الإسلامية الأخرى في تقنين أحكام الأسرة .

ويلاحظ على هذا القانون أمران :

أحدهما : أنه لم يكن خاصاً بالمسلمين ، بل كان عاماً لهم وللطوائف الأخرى من المسيحيين والموسويين كل حسب شريعته الخاصة .

وثانيهما : أنه بالنسبة للمسلمين لم يقتصر على مذهب أبي حنيفة ، بل أخذ بعض أحكامه من المذاهب الثلاثة الأخرى . كمنع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة وهو رأي عند الشافعي وأحمد .

وكاعتبار عقد الزواج صحيحاً والشرط معتبراً إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق . وهو من مذهب الحنابلة .

وجواز التفريق بين الزوجين لسوء العشرة وإعطاء المرأة الخيار في فسخ النكاح إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالجذام والسل والجنون ، والتفريق بين الغائب وزوجته إذا مضى على غيبته غيبة منقطعة أربع سنوات في الأحوال العادية وسنة في حالة الحرب .

بل أخذ بغير المذاهب الأربعة في أحكام قليلة . كما في إبطال زواج الصغير

والصغيرة الذي هو رأي عثمان البتي وابن شبرمة ،وهو وإن لم يقتصر على مذهب الحنفية إلا أنه أحال على هذا المذهب في المسائل التي لم ينص عليها فيه .

وقد عمل بهذا القانون خارج تركيا في بلاد الشام (سوريا ولبنان) [1] رغم انفصالهما عن الدولة التركية ، وقد استمر العمل به في سوريا إلى أن صدر فيها قانون شامل للأحوال الشخصية في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٣ وكان قانون العائلة مصدراً من مصادره .

في لبنان :

أما لبنان فقد عملت بهذا القانون بعد فترة من الزمن من إصداره ، ولم تقم بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية إلى الآن كما فعلت سوريا،ولكنها أدخلت عليه تعديلات ، وجعلته وما أدخل عليه من تعديلات القانون الأساسي وأحالت المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي بالنسبة للمسلمين السنيين ، وعلى المذهب الجعفري بالنسبة للشيعة ، وكذلك في المسائل التي يتعارض فيها القانون مع مذهبهم .

وقد وضعت للطائفة الدرزية قانوناً للأحوال الشخصية منفصلا عن قانون العائلة في سنة ١٩٤٨ ، وأحال المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي .

ومن يطالع هذا القانون يجد بعض أحكامه لا تتفق مع ما هو مقرر في

---

(١) وفي الأردن عمل به الى أن صدر قانون العائلة في ٩٢٧ ثم استبدل بقانون آخر صدر في ١٩٥١ وهو مأخوذ من قانون حقوق العائلة والقوانين المصرية الصادرة في ١٩٢٠ و ١٩٢٩ مع بعض تعديلات . وقد نص في هذا القانون على أنه عند عدم النص فيه يرجع الى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي . فلسفة التشريع الإسلامي لصبحي محمصاني ص ١٢٥ .

المذاهب الإسلامية كما في المواد ١٠ ، ١١ ، ١٤ ، ٣٨ ، ٥٠ [١] .

وهو كما يقول الدكتور صبحي محمصاني : مأخوذ في بعض أحكامه عن تقاليد هذه الطائفة الخاصة ومعطوف في أحكامه الأخرى على المذهب الحنفي .

ولكل طائفة محاكمها الخاصة . فللمسلمين السنيين محاكم ، وللجعفريين محاكم أخرى ، وللطائفة الدرزية محاكم مذهبية خاصة تشرف عليها الدولة وتخضع لأصول معينة .

وتطبق المحاكم الشرعية السنية ما يلي :

أولا : قانون حقوق العائلة والمذهب الحنفي فيما لم يوجد فيه نص تشريعي كما صرح بذلك قانون تنظيم المحاكم الشرعية (مادة ـ ١١١) [٢] .

ثانيا : أحكام مجلة الأحكام العدلية في الأمور التي تتعلق بالحجر على الصغار والمجانين والمعتوهين والسفهاء ومرض الموت مع ملاحظة ما تعدل من تصرفات الصغير المميز ، وما ألحق بقانون الموجبات والعقود اللبناني (م ٢١٦٠) .

ثالثا : أحكام نظام الأيتام بخصوص إدارة أموال القاصرين ، وفيه بعض النصوص التي عدلت أحكام المجلة

---

(١) كمنع تعدد الزوجات ، ومنع الرجل من إعادة مطلقته ، وتعيين أقصى مدة الحمـل بثلاثمائة يوم ، ووجوب اقتران الطلاق بحكم القاضي ، وان شهود الزواج لا يقـل عددهم عن الأربعة ، وأن مدة العدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ الطلاق أو التفريق أو وفاة الزوج .

(٢) كما نصت عليه المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١ المؤرخ في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ . المعدل بقانون ٤ كانون الأول ١٩٤٦ فقد أوجبت العمل في المحاكم السنية بقانون العائلة العثماني وبأرجح الآراء من مذهب أبي حنيفة . وفي المحاكم الجعفرية بالمذهب الجعفري وبما يتلاءم وهذا المذهب من قانون العائلة . الدكتور المحمصاني في فلسفة التشريع الإسلامي ص ١٠٩ .

رابعا : بعض قوانين لبنانية خاصة نصت على أمور شرعية تختلف عن أحكام المذهب الحنفي . مثل قانون الأوقاف الذرية الصادر في ١٠ آذار ١٩٤٧ .

خامسا : ماورد في قانون تنظيم المحاكم الشرعية من أحكام شرعية مأخوذة عن المذاهب الإسلامية المختلفة .

أما المحاكم الجعفرية فتطبق قانون تنظيم المحاكم الشرعية وأحكام المذهب الجعفري وما يتلاءم مع هذا المذهب من قانون العائلة [١] .

ولعل السبب في هذه التفرقة بين ما يجب العمل به في المحاكم السنية وما يجب العمل به في المحاكم الجعفرية بالنسبة لقانون العائلة هو أن هذا القانون مأخوذ من مذهب الحنفية ومن المذاهب السنية الأخرى وبعض أحكامه تختلف مع المذهب الجعفري ، ولا يعقل أن تلزم طائفة بالعمل بما يخالف مذهبها الأصلي .

أما قانون تنظيم المحاكم الشرعية فهو قانون لبناني روعي عند وضع ما به من أحكام عدم مخالفته لهذا المذهب .

أما في جمهورية مصر العربية :

فقدمنا أنها اتجهت إلى التعديل والتقنين في أوائل القرن العشرين غير متأثرة بغيرها ، فبدأت بمشروع الإصلاح الأول في سنة ١٩١٥ . غير أن هذا المشروع لم يقدر له التنفيذ لما لاقاه من اعتراضات وعدم ملائمة الوقت لإصداره .

وبعد فترة ألفت لجنة أخرى فأخرجت مشروعاً ببعض إصلاحات صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م في ثلاث عشرة مادة أخذت أحكامه كلها من مذهب الإمام مالك . وهي تتعلق بالتطليق لعدم الإنفاق أو للعيب والمفقود والعدة .

---

(١) كما سبق في المادة (١١١) .

وقد عدلت منه ثلاث مو[illegible] ٦ - ٧ - ١٢) بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ م .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ م في مادتين يمنع من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة وقت العقد ، ولا يجوز لموثقي العقود أن يباشروا عقداً لم يبلغ الزوجان فيه هذه السن .

وقد أدخل على ذلك تعديل بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ فجعل بلوغ هـذه السن مشروطة وقت التقاضي لا وقت العقد .

ثم صدر بعد سنوات القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ببعض التعديلات في أحكام الطلاق والتطليق للضرر والغيبة ولحبس الزوج . ودعوى النسب ، وبعض أحكام النفقة والعدة وسن الحضانة والمفقود ، وهو مكون من خمس وعشرين مـــادة ، وأحكامه مأخوذة من المذاهب الأربعة عدا الطلاق المقترن بالعدد ، والطلاق المعلق فإنه أخذ فيهما برأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

ثم تبع ذلك أن ألفت لجنة لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصية كلها في سنة ١٩٣٦ . فأخرجت اللجنة مشروعات ثلاثة . أولها صدر به القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ في أحكام المواريث .

وثانيها : صدر به القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ بتنظيم بعض أحـــكام الأوقاف .

وثالثها : صدر به القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم أحكام الوصية كلها .

وقد عدلت في هذه القوانين عن مذهب الحنفية إلى المذاهب الأخرى مـن سنية وشيعية في بعض المسائل ، وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢ بحل الأوقاف على غير جهات البر وتنظيم إنشاء الوقف الخيري والولاية عليه .

ثم تبع هذا عدة محاولات لتقنين أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الأولاد فوضع مشروعه أكثر من مرة كان آخرها المشروع الشامل للأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم الذي ثار حوله النزاع المتشعب ولم يتقرر مصيره إلى الآن .

المطبق الآن في جمهورية مصر العربية

في أحكام الأحوال الشخصية

يطبق الآن في مسائل الوقف والوصية والمواريث والولاية القوانين الصادرة فيها على جميع المواطنين لا فرق بين مسلمين وغيرهم .

وأما مسائل الزواج والطلاق وتوابعها فإنها لا تزال خاضعة في جملتها لأحكام الفقه الإسلامي (المذهب الحنفي) فيما عدا المسائل التي عرضت لها القوانين السابقة كما أشار إلى ذلك القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية عملا بالمادة – ٢٨٠ – من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

وأحكام هذه الشريعة تطبق على المسلمين وغير المسلمين إذا اختلفت مللهم وطوائفهم أو اتحدت ولم تكن لهم محاكم ملية عند صدور قانون إلغائها .

وأما المتحدوا الملة والطائفة وكانت لهم محاكم ملية وقت الإلغاء فان القانون الواجب التطبيق هو أحكام شريعة المتخاصمين في نطاق النظام العام [1] .

---

(١) كما تنص عليه المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ في فقرتها الثانية ونصها .

« بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة =

وإذا اعتنق أحد المتخاصمين الإسلام أثناء نظر الدعوى وجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . أما إذا غير أحدهم ديانته أو ملته أثناء نظر الدعوى بأن كان مسيحياً فأصبح يهودياً أو بالعكس أو كان كاثوليكياً فأصبح بروتستانتياً أو ارثوذكسياً فإن هذا التغيير لا يؤثر في سير الدعوى ولا على القانون الواجب التطبيق ، فالشريعة الإسلامية هي ذات الاختصاص العام ، أما الشرائع الأخرى فاختصاصها استثنائي ، لأنها لا تطبق إلا عند اتحاد أطراف النزاع في الديانة والملة والطائفة بشرط أن يكونوا تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة معترف بها من الدولة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ .

= والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم » .

فهذا النص يعين موضع تطبيق الشرائع غير الإسلامية في نطاق الأحوال الشخصية « أحكام الأسرة » وأنه مشروط بشرطين :

أولهما : أن يكون أطراف النزاع تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون .

ثانيهما : أن يكون أطراف النزاع متحدي الديانة والملة والطائفة .

فاذا اختلفت الديانة أو اتحدت واختلفت الملة أو اتحدت الديانة والملة واختلفت الطائفة طبقت الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية

القسم الاول

في

الزواج وآثاره

وفيه خمسة أبواب :

الباب الأول في الزواج ومقدماته .

الباب الثاني في أركان العقد وشروطه وطرق اثباته وأنواعه باعتبار التقييد والإطلاق في صيغته .

الباب الثالث في المحرمات من النساء وأسباب تحريمهن .

الباب الرابع في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج .

الباب الخامس في أحكام عقد الزواج المترتبة عليه .

الباب الأول

في الزواج ومقدماته

وفيه فصلان

الفصل الأول

في التعريف بالزواج وشرعيته وحكمة مشروعيته وصفته الشرعية

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر ومنه قوله تعالى (واذا النفوس زوجت) التكوير / ٧ أى يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله . فيقرن الصالح مع الصالح ، والفاجر مع الفاجر ، أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أى ردت اليها ، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج [١] .

وقوله تعالى (وزوجناهم بحور عين) الطور / ١٠ أى قرناهم بهن[٢] ، وقوله تعالى (أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم [٣])أى وقرناءهم الذين كانوا يجلسون معهم ويشاهدون ظلمهم ولا ينكرونه . أو وقرناءهم من الشياطين .

ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند أطلاقه لايفهم منه إلا ذلك المعني بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أو بين غيرهما .

---

(١) تفسير القرطبي ج ١٩ ص ٢٢٩ وما بعدها

(٢) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٩٥ لأنه ليس في كلام العرب تزوجت بامرأة ، وإنما العرب تقول : تزوجت امرأة وزوجته أمرأة .

(٣) الصافات - ٢٢ .

وفي الاصطلاح عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربه تدور كلها حول الغرض المبدئي منه وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة .

فمن قائل : بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثي قصداً .

ومن قائل : إنه عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعى قصداً .

وغير ذلك من التعريفات [1] .

وهذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل مع أنه ثابت للمرأة أيضاً ، ولعلهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذى يسعي الى الزواج ويطلبه والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد . وأما من جانبها فهى تتمتع به بدون اختصاص حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذى قرره الشارع فالأولى في تعريفه ان يقال :

هو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به .

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد ، وأن الزوج يختص بالتمتع بزوجته فلا يحل لأحد آن يتمتع بها ما دام العقد قائماً ولو حكماً ، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجها دون أن تختص بذلك التمتع حيث يباح له شرعاً أن يضم إليها ثانية وثالثة ورابعة إن وجد سبب مشروع لذلك .

وقيد بطريق الأصالة في التعريف لإخراج شراء الرجل الأمة للتسري بها

(١) راجع تبيين الحقائق جـ ٢ ص ٩٤ ، فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤١ ، ورد المحتار جـ ٢ ص ٣٥٦ .

فإن عقد شراء الأمة لم يوضع شرعاً للتمتع ، وإنما لملك رقبتها ويأتي الاستمتاع بعد ذلك بملك اليمين لا بالزواج .

والفقهاء في تعريفاتهم تلك لم يقصدوا قصر أغراض الزواج على حل التمتع وأنه لم يشرع إلا لذلك، بل أرادوا تمييزه عن غيره من عقود التمليكات الأخرى التي تفيد ابتداء ملك عين المال كالبيع والهبة والوصية بالأعيان ، أو ملك المنفعة كالإجارة والوصية بالمنافع . بدليل أنهم بينوا أغراضه كلها عند الكلام على سبب مشروعيته .

ومثل الزواج في هذا المعنى الشرعي لفظ النكاح . فإن القرآن والسنة عبرا عن هذا العقد بهما ، بل إن أكثر تعبيرات القرآن عنه كانت بلفظ النكاح .

غير أن الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد اختلفوا في لفظ النكاح . هل هو حقيقة ـ في العقد كذلك أو هو حقيقة في الوطء (المخالطة الجنسية) أو هو مشترك فيهما . نشأ هذا الاختلاف من الاستعمال اللغوي ، فالعرب استعملوا هذا اللفظ في معان ثلاثة ـ العقد ـ المخالطة الجنسية ـ الضم والتداخل .

فالشافعية يرون أنه حقيقة في العقد مجاز في غيره ، والحنفية يذهبون إلى العكس فيقولون إنه حقيقة في المخالطة الجنسية مجاز في العقد [1] .

وكان من أثر ذلك اختلافهم في لفظ النكاح الوارد في النصوص الشرعية . هل هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، أو الأمر بالعكس . فإذا أطلق في نص من النصوص بدون قرينة تبين المراد منه يراد به العقد عند الشافعية ، والمخالطة الجنسية عند الحنفية .

---

(١) قال الفارسي كما نقله الكمال بن الهمام في فتح القدير : إذا قيل نكح فلانة أو بنت فلان فالمراد به العقد ، وإذا قيل نكح زوجته فالمراد به الوطء .

ويرى ابن تيمية أنه حقيقة في الضم والتداخل وله فردان ضم الألفاظ وتداخلها وهو العقد ، وضم الأجسام وهو المخالطة الجنسية .

وقد ظهرت ثمرة هذا الإختلاف في تفسير بعض النصوص كقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) / النساء / ٢٢ .

ففسر الحنفية ما نكح آباؤكم . بالوطء مطلقاً حلالاً كان أو حراماً ، وعلى ذلك قالوا : إذا زنى الرجل بامرأة حرم على ابنه التزوج منهــا ، والشافعية فسروها بالعقد . وقرروا أن الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة .

شرعية الزواج :

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه : (إني جاعل في الأرض خليفة) وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج بينهما ، ويكون من ثمراته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله .

ولكن المولى سبحانه الذي كرم بني آدم لم يتركهم إلى مــا تمليه عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى من الحيوانات والطيور ، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات .

فشرع الزواج الذي يختص فيه الرجل بالأنثى لا يشاركه فيها غيره ليسلم العالم من شر الإباحة التي يترتب عليها التزاحم والتنازع بل والتقاتل أحياناً ، ومن طغيان الشهوات التي تجعــل من الإنسان حيواناً سفاحاً لا يعرف رباط العائلة ، ولا يفقه معنى الرحمــة ، ولا يفطن لسر المودة فيضيع النسل حيث لا رابط يربط الأبناء بآبائهم .

ولم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الأذن به بل وتنظيمه من يوم أرسل الله الرسل . يقول جل شأنه : (وهو الذي خلقكم من نفس واحــدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملا خفيفاً فمرت به فلمــا أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحاً لنكونن من الشاكرين) / الأعراف / ١٨٩ .

ويقول سبحانه مخاطباً لرسوله « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » الرعد / ٣٨ .

ولقد تزوج الأنبياء والرسل كلهم ، ولم يذكر المؤرخون من عاش منهم بلا زواج سوي يحيى وعيسى عليهما السلام ، ولم يكن عدم تزوجهما لعدم شرعية الزواج في زمنهما ، لأن الناس كانوا يتزوجون في عصرهما ، وقد قيل إن سبب عدم زواج عيسى انحطاط أخلاق نساء بني اسرائيل فرغب عنهن للعبادة وأداء الرسالة [1] .

والسبب في عدم زواج يحيى أنه لم يكن عنده المقدرة على إتيان النساء،لأن الله قال في وصفه (وسيدا وحصورا) والحصور في اللغة هو الذي لا يأتي النساء كأنه محجم عنهن ، وعلى القول بأن الحصور هو الذي يكف نفسه عن النساء ولا يقربهن مع القدرة،فيمكن أن يعلل سبب امتناعه عنه بمتابعته لعيسى لأنه كان في زمنه وأول من آمن به كما قال الله في شأنه (مصدقاً بكلمة من الله) أي عيسى على ما عليه أكثر المفسرين [2] .

ولهذا لم تكن الرهبانية – وهي الأعراض عن الزواج – مشروعة في أي دين سماوي ، وانما هي شيء ابتدعه النصاري في عصر اضطهادهم كما أخبر القرآن عن ذلك في قوله تعالى (ثم قفينا على آثارهم برسلنا وقفينا بعيسى بن مريم وآتيناه الأنجيل وجعلنا في قلوب الذين اتبعوه رأفة ورحمة ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم إلا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها فآتينا الذين آمنوا منهم أجرهم وكثير منهم فاسقون) الحديد / ٢٧ .

---

(١) ويقال إنه سيتزوج إذا نزل الأرض ويولد له . راجع إحياء علوم الدين للغزالي ج ٤ ص ٩٧ .

(٢) راجع تفسير المنار ج ٣ ص ٢٩٧ وتفسير القرطبي ج ٤ ص ٧٦ وما بعدها . ففيه أنه ابن خالة عيسى يكبره بثلاث سنين وقيل بستة أشهر .

يقول ابن كثير في تفسيره [1] ما ملخصه : إن هذه الرهبانية ابتدعها النصارى والتزموا بها دون أن يشرعها الله لهم ، وانما شرع لهم ابتغاء رضوان الله ، فما قاموا بما التزموه ، وهذا ذم من وجهين : —

أحدهما : الابتداع في دين الله ما لم يأمر به الله ، والثاني : عدم قيامهم بما التزموه مما زعموا أنه قربة يقربهم إلى الله عز وجل .

وجاء في حديث رسول الله الذي رواه ابن مسعود (أن بني اسرائيل افترقوا على ثنتين وسبعين فرقة لم ينج منها إلا ثلاث فرق... وعد منها طائفة لم يكن لها قوة قتال الملوك والجبابرة ولا قوة القيام بالقسط فلحقت بالجبال فتعبدت وترهبت وهم الذين ذكرهم الله بقوله« ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم».

أما الأسلام فقد عنى بهذا العقد عناية خاصة ، وأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخري لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده ، بل يمتد إلى المجتمع فهو أهم علاقة ينشئها الانسان في حياته،لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق . **فبين الطريقة المثلى لاختيار** الزوجة وكيفية إنشاء العقد ورسم طريقة المعاشرة الزوجية مبينا ما لكل من الزوجين قبل الآخر من حقوق وما عليه من واجبات .

ولم ينس أنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها من نزاع أو شقاق فرسم طريق الأصلاح ، وبين الطريقة التي ينهي بها العقد إذا ما عجز الاصلاح وباءت الحياة الزوجية بالفشل وغير ذلك مما يترتب على الأنهاء من آثار تتعلق بالزوجين أو بأولادهما .

ومن يتتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد كبير منها .

---

(١) جـ ٢ ص ٣١٥ .

فالقرآن يخبر أولاً بأنه من أكبر النعم التي أنعم الله بها علينـــا في معرض امتنانه بنعمه والآئه فيقول جل شأنه (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجـاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة) النحل / ٧٢ .

وفي آية أخري يعده آية من آيات قدرتــه (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) الروم / ٢١ .

ثم يحله في صراحة ويأمر به في غير آية . يقول سبحانه بعد عد المحرمات من النساء « وأحل لكم ما وراء ذلكم » النساء / ٢٤ .

ويقول « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » النساء / ٣ .

ويقول« وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم ولستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » النور ٣٢ - ٣٣ .

فقد خاطب الأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء ، لأن الأيامى جمع أيم — وهو من لا زوج له من النساء والرجال ، وإن كان أكثر استعماله في النساء [١] .

والرسول ﷺ يرغب فيـــه بشتى أنواع الترغيب فيقول : فيما روي في الصحيحين « أما أنا فأصوم وأفطر وأقوم وأنام وآكل اللحم وأتزوج النساء فمن رغب سنتي فليس مني » [٢] . ويقول « يا معشر الشباب من استطـاع منكم

---

(١) قال أبو عبيد : يقال رجل أيم وامرأة أيم . وأكثر ما يكون ذلــك في النساء وهو كالمستعار في الرجال .

وقال أمية بن الصلت : لله در بني علي أيم منهم وناكح .. تفسير القرطبي جـ ١٢ ص ٢٤٠

(٢) تفسير ابن كثير جـ ٢ ص ٥١٨ .

الباءة فليتزوج » ويقول : « تزوجوا الولود الودود فأني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » . ويروي لنا مسلم عن عمرو بن العاص أن رسول الله قال « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » .

كما يروي أبو داود عن ابن عباس عن رسول الله قال : « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته »[1] .

وقد بعث رسول الله والعرب يتزوجون بطرق شتى بعضها يتفق ومنهج العقلاء، وبعضها لا يفعله إلا السفهاء . فألغى فاسده وأقر صحيحه .

ولم يقتصر صلوات الله وسلامه عليه على الحض عليه، بل نفر من تركه فأخبر أن العزاب شرار الناس أحياء وأراذ لهم أمواتا . روي أبو يعلي في مسنده أن رسول الله قال لعكاف بن وداعة الهلالي : « ألك زوجة يا عكاف ؟ قال : لا قال : ولا جارية ، قال لا ، قال وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، قال : فأنت إذاً من إخوان الشياطين إما أن تكون من رهبان النصاري فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح . شراركم عزابكم وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج » فبادر إلى امتثال أمر رسول الله ولم يقم من مجلسه حتى زوجه الرسول » ـ أراذل جمع رذل وهو الدون الخسيس . المختار .

ويروي الجعفرية في كتبهم أن رسول الله قال :« أكثر أهل النار العزاب »[2]

وقال عمر رضي الله عنه : « لا يمنع من النكاح إلا عجز أو فجور » .

وقال ابن مسعود « لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٢ .

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه جـ ٣ ص ٢٤٢ .

آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة » [1] - وفي رواية : لأحببت أن أتزوج لكيلا ألقى الله عزبا .

وروي أن معاذ بن جبل ماتت له امرأتان في الطـــاعون وكان هو أيضاً مطعوناً فقال : (زوجوني فاني أكره أن ألقى الله عزبا) .

وبهذا تدرك مدى استجابة الصحابة لنداء رسول الله وارشاداته .

حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة . وهي ما يترتب عليـه من تحقيق منفعة أو دفع مفسدة عن العباد .

ومن يستعرض أحكام الشريعة وجدها كذلك . وقد تخفى الحكمة علينا في بعض المشروعات لحكمة يعلمها الحكيم سبحانه وهي- على ما يظهر لي والله أعلم - إظهار عجز العباد وقصور علمهم مصداقاً لقوله تعالى (وما وتيتم من العلم إلا قليلا) ، وابتلاء لعباده ليظهر ما في علـم الله من إيمان المؤمن وتسليمه وكفر المعاند وتشكيكه [2].

وللزواج كثيرمنالحكممنها ما يعود على الزوجين،ومنها ما يعود على المجتمع.

ومن يتتبع النصوص الواردة بشأنه في القرآن والسنة يستطيع أن يستنبط منها بعضها . وقد حاول العلماء عدها تفصيلا فلم يصلوا إلى حصرها .

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٦ واحياء علوم الدين للغزالي .

(٢) يشير لذلك قوله تعالى (هو الذي أنزل عليك الكتاب منـــه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله ألا الله.والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولوا الالباب . ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب) آل عمران / ٧ - ٨ .

يقول الغزالي في بحث الترغيب في الزواج [1] وفيـه خمس فوائد . الولد — وكسر الشهوة — وتدبير المنزل فانه منوط بالنساء وليس للرجال فيه ما لهن — وكثرة العشيرة بالمناسبة والمصاهرة ، فالمرء بنفسه قليـــل ووحيد ، ومجاهدة النفس الأمارة بالقيام بهن والصبر عليهن . أي النساء .

ويقول الشاطبي في موافقاته [2] في فصـــل ما يعرف به مقاصد الشارع : النكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول،ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن فى النساء ، والتجمل بمنال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو أخوته ، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك . فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النـــكاح بالقصد الثاني . وهذه المقاصد إما منصوص عليها أو مشار إليها. ولو تأملنا هذه المقاصد الثانوية نجدها مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي ، وعلى هذا يمكن أن يجعل كل ما أشبه ذلك مقصوداً للشارع أيضاً . كما روى عن فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نكاح أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه طلباً لشرف النسب ومواصلة أرفع البيوتات .

فأذا وقع الزواج لغير هذه المقاصد مما يناقضها لا يكون مشروعاً كالذي يتزوج امرأة مطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها الأول فانـــه لم يقصد بهذا الزواج الولد ولا مواصلة العشرة بل قصد قطعها بالطلاق .

فمن هذين النصين نرى أن للزواج فوائد عديدة . نكتفي بتوضيح أهمهـــا . وهي ثلاثة : —

١ — حفظ النوع الأنساني .

---

(١) احياء علوم الدين جـ ٤ ص ١٠٢ وما بعدها

(٢) جـ ٢ ص ٣٩٦ وما بعدها.

٢ – تحقيق الأنس والراحة بين الزوجين فتستقر الحياة ويسعد المجتمع .

٣ – تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طريق سليم لا يترتب عليه فساد المجتمع .

أما الأولى : فلما كان الغرض من خلق الأنسان أن يكون خليفة الله فى أرضه كما قال تعالى عند خلق آدم عليه السلام (إني جاعل في الأرض خليفة) لتعمر الأرض . والعمارة لا تكون بفرد واحد مهما طال عمره وأوتي من قوة ، فكان لا بد من التوالد ليكثر النوع . والتوالد يتحقق من اجتماع النوعين على أي وجه ، وهذا موجود في كل أنواع الحيوان والطيور . ولكن الله لم يسو بين الأنسان وغيره من المخلوقات بل فضله وكرمه (ولقد كرمنا بني آدم) وتفضيله يقتضي أن يكون تكاثره بطريق أشرف من مجرد الاختلاط ، فشرع لهم الزواج طريقا لاختلاطهم حتى يكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء .

ولو أبيح لهم الاختلاط على غير هذا الوجه لتنازعوا وتقاتلوا وأصبحت الغلبة للقوة وحدها مع ما فيه من ضياع النسل حيث يخرج إلى الحياة أطفال لا يعرفون لهم آباء ينتسبون إليهم ويعيشون في رعايتهم . فتنهار عمد المجتمع وتتقوض أركانه .

وفي الزواج المشروع يختص الرجل بامرأته لا يزاحمه فيها غيره فلا تنازع ولا تقاتل ويجد كل ابن أبا معروفا ينتسب إليه ويقوم بتربيته ويحافظ عليه ويتكون من هؤلاء مجتمع صالح ويبقى النوع الأنسانى على أكمل وجه وأحسنه .

من أجل هذا أمر رسول الله بتزوج المرأة الولود فيما رواه أبو داود والنسائى عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إنى أصبت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لا تلد فأتزوجها ؟ قال : لا ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم [١]

---

(١) منتقى الاخبار بشرح نيل الاوطار جـ ٦ ص ٨٩ .

ومن يتأمل قوله تعـالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم) البقرة / ٢٢٣ ، يجدها تشير إلى أن الزواج شرع للنسل لأنه أخبر أن النساء موضع حرث الرجال والحرث لا يكون إلا للأنبات . كذلك قوله : وقدموا لأنفسكم ..

وإذا كان الزواج قصد به الشارع أولا تكثير النسل فعلى من يقدم عليه أن يقصد به ذلك ليكون ممتثلالتشريع الله ، أما كونه ينتج نسلا فليس مكلفاً به ، لأنه ليس في مقدوره حيث أنه هبة من الله تابع لأرادته سبحانه كما قال جـل شأنه (لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثـا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما) الشورى / ٤٩ — ٥٠ .

وأما الثانية : فقد صرح بها القرآن الكريم يقول جل شأنه « ومن آياتـه أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » الروم / ٢١ .

فهذه الآية تبين في صراحة غاية من غايات الزواج بها يستمر الحياة الزوجية . وهى سكون كل من الزوجين إلى الآخر ، لأنها أصبحا كشيء واحد كما يشير إليه قوله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » البقرة / ١٥٧ — ومتى سكن كل منهما إلى صاحبه أنس به وكانت المودة والرحمة .

ولا يكون الزواج وسيلة إلى هذه الغاية إلا إذا عرف كل منهما ما لشريكه في الحياة عليه من واجبات ووفى بها وتحددت العلاقة بينهما على أساس التعاون والمشاركة في بناء مستقبلها دون أن يتحكم أحدهما في الآخر ولهذا أرشد رسول الله ﷺ إلى زواج ذات الدين فيما رواه الجماعة عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينهـا فاظفر بذات

الدين تربت يداك [1] .

وفيما رواه ابن ماجه عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال : قـــال رسول الله «لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة خرمـاء سوداء ذات دين أفضل [2] .

ثم حذر من التطلع إلى الجمال الزائف لأنه قبيح في حقيقته فقال : « إياكم وخضراء الدمن ، قالوا : وما خضراء الدمن يا رسول الله ، قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء » [3] .

والسر في جعله ﷺ الدين أساس اختيار الزوجة . أن سعادة الأسرة وصلاح المجتمع يتوقف إلى حد كبير على حسن الاختيار للزوجة .

فلا ينبغي أن يقوم على منفعة زائلة أو لذة عاجلة . كالمال والحسب والجمـال لأنها أمور عارضة تزول بعد حين، وقد تكون سبباً في شقاء عاجل أو بلاء مقيم.

(١) المرجع السابق ص ٩٠ والحسب في الأصل الشرف بالآباء والأقارب مأخوذ من الحساب لأنهم كانوا إذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثر أبائهم وقومهـم وحسبوها فيحكم لمن زاد عدده على غيره .

تربت يداك . كلمة تجري على لسان العرب في مقام المدح والذم، ولا يراد بهـا الدعـاء على المخاطب دائما . وقد يراد بها الدعاء أيضاً . والمراد هنا اما المدح . أي اطلب ذات الدين أيها العاقل الذي تحسد عليه لكمال عقلك فيقول الحاسد حسدا : تربت يداك . أو الذم أو الدعـاء عليه بتقدير أن خالفت هذا الأمر . السندي في شرحه لسنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٧٢ .

(٢) السنن ج ١ ص ٥٧٢ . يرديهن . أي يوقعهن في الهلال بالأعجاب والتكبر . تطغيهن أي توقعهن في المعاصي والشرور . خرماء . مقطوعة بعض الأنف ومثقوبة الأذن . أفضل . أي من الحرة التي لا دين لها .

(٣) الدمن جمع دمنة وهي ما تدمنه الأبل والغنم بأبوالها وأبعارها. أي تلبده في مرابضها فربما نبت فيها النبات الحسن النضير .

أما الدين فانه يبقى بل يقوى على مر الأيام ، فالزواج القائم عليه يزداد قوة بمرور الزمن ، فحين يضعف الشباب يقوى عنصر الدين فيستمر الحب وتدوم المودة وقلما تقع خيانة زوجية في بيئة دينية .

وأما **الثالثة** : وهي تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طرتق سليم . لأن من يتزوج تقنع نفسه غالباً ولا تتعدى حدود الله بانتهاك الحرمات. ومن أعرض عنه لجأ إلى طريق معوج واستباح الحرمات وفتح على المجتمع الذي يعيش فيه بابا من أبواب الشر ، فيصبح بذلك عضواً فاسداً فيه . لذلك أمر رسول الله القادر على تكاليفه بالمبادرة إليه . كما أمر العاجز عن القيام بواجباته باتخاذ وقاية له من الوقوع فيما حرمه الله .

روى الجماعـــة عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فأنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » [1] .

وفي حديث آخر يقول : (من تزوج فقد حفظ نصّف دينـــه فليتق الله في النصف الآخر) [2] .

فالزواج عاصم للنفس من شرور البهيمية ، لأن المتزوج كلما تاقت نفســه للنساء وجد السبيل المباح لقضاء حاجته .

---

(١) الباءة في اللغة الجماع ، والمراد بها في الحديث مؤونة الزواج من المهر والنفقـــة إذ الخطاب للشباب القادرين على الجماع ، فلو حمل على حقيقته لم يستقم الكلام ، ولأنه لا يقـــال للعاجز عنه : عليك بالصوم لأنه غير محتاج اليه . . والوجاء في اللغة رضي الانثيين رضا شديدا بدون إخراج لتذهب شهوة الجماع وينزل منزلة الخصاء في ذلك ، ولما كان الصوم يقطع شهوة الجماع لأنه يضعف الجانب البهيمي ويقوي الجانب الروحي جعل وجـاء .

(٢) يقول القرطبي في تفسيره جـ ٩ ص ٣٢٧ بعد ذكر الحديث : ويعني ذلك أن النكاح يعف عن الزنى ، والعفاف أحد الخصلتين اللتين ضمن رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما الجنة فقال : من وقاه الله شر اثنتين ولجَ الجنة. ما بين لحييه وما بين رجليه « خرجة الموطأ وغيره..

ومن هنا يقول رسول الله لأصحابه فيما رواه مسلم عن جابر بن عبدالله « إذا أبصر أحدكم امرأة فليأت أهله فان ذلك يرد ما في نفسه » .

تلك أهم المعاني السامية التي من أجلها شرع الله لعباده الزواج . مع ما فيه من المران على تحمل المسؤولية وبعد النفس عن الأنانية ، لأن الرجل بعد الزواج يصبح راعياً في بيته مسؤولاً عمن يعيش في ولايته ويؤثر أولاده ومطالبهم على نفسه ومطالبها . ففي الحديث (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . فالأمام راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيتها .... الحديث [1] .

فمن أعرض عن الزواج فقد رغب عن أمر كريم يعد - بحق - من مقومات الحياة الاجتماعية ، وفر من تحمل المسئولية التي خلق الرجال لتحملها وفوق ذلك يكون من حملة معاول الهدم الذين يهدمون بناء المجتمع الذي يعيشون فيه.

قد يتعلل هؤلاء المعرضون بأننا نشاهد الحياة الزوجية عند بعض الناس جحيماً لا يطاق يكيد فيها كل من الزوجين للآخر ، ويلحق به الأذى ما استطاع . كما أن السبيل إليه أصبحت شائكة بسبب التغالي في المهور من جانب الزوجات ، وما يقابله من المغالاة في المطالب من جهة الأزواج عند تأسيس بيت الزوجية .

ولكنا نقول لهؤلاء وهؤلاء : إن تلك المغالاة لا يعرفها الإسلام ولا يقرها ، لأنه لم يكلف الزوجة بشيء نظير مهرها إلا أن تلبي طلب زوجها إذا ما طلبها للدخول والانتقال إلى بيته ، كما أنه لا يقر التغالي في المهور ، بل أن رسول الله يحث على التيسير فيها فيقول : « إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة » رواه أحمد عن عائشة رضي الله عنها ، ويروي مسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل

---

(١) رواه البخاري ومسلم . راجع زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم جـ ١ ص ٣٠٢

إلى النبي ﷺ فقال : إني تزوجت امرأة من الأنصار ، فقال له النبي هل نظرت إليها فإن في عيون الأنصار شيئاً،قال : قد نظرت اليها ، قال : على كم تزوجتها؟ قال : على أربع أواق فقال له النبي ﷺ : على أربع أواق كأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل » [1] .

ويروي الجعفرية في كتبهم أن رسول الله قال : « أفضل نساء أمتي أصبحن وجها وأقلهن مهراً » [2] .

وأما المعذبون في زيجاتهم فليس ذلك من نفس الزواج ، وانما جاء من سوء اختيارهم واساءة استعمال حقوق الزوجية ، ولو أن هؤلاء الأزواج أحسنوا الاختيار ثم عاشروا بالمعروف أو فارقوا بالإحسان لما وجدت شاكياً ولا باكياً ، ولا سمعت من يلعن الزواج والمتزوجين .

حكم الزواج أو صفته الشرعية :

لفظ الحكم في اصلاح الفقهاء الشرعيين يطلق على أحد أمرين :

الأول : الوصف الشرعي الذي أعطاه الشارع لفعل المكلف بعد تعلق الخطاب به كما يقال : البيع حلال،والربا حرام،وخطبة الشخص على خطبة أخيه مكروهة تحريماً وغير ذلك .

والثاني : الأثر المترتب على الفعل كما يقال : حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن ، وحكم الزواج. حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع .

والكلام هنا في بيان الحكم بالمعنى الأول ، وأما الثاني فسيأتي عند الكلام على أنواع الزواج الصحيح والفاسد والنافذ والموقوف إن شاء الله .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٤٣ .

(٣) كتاب من لا يحضره الفقيه جـ ٣ ص ٢٤٣ .

والزواج لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات ، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس ، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها ، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية ومن لا يحسنها ، كما أن منهم من اعتدل مزاجه فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه عنها إذا لم يتزوج، وتبعاً لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتتعدد أحكامه .

فتارة يكون مطلوباً طلباً محتماً فيكون فرضاً يثاب فاعله ويعاقب تاركه ، وأخرى يكون مطلوباً طلباً غير محتم فيكون مندوباً إليه فيثاب على فعله ولا يعاقب على تركه ، وطوراً يكون ممنوعاً منعاً باتاً فيكون حراماً يعاقب عليه عقاباً شديداً ، وآنا يكون مكروهاً يعاقب فاعله عقاباً أقل من عقاب الحرام .

والأصل في الإنسان أن يكون معتدلا . بمعنى أن يكون قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أنه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم ولا يخشي على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج .

لذلك جعل الفقهاء حالة الاعتدال هي الأصل في الزواج ، واختلفوا في حكمها على أقوال .

نشأ هذا الاختلاف من اختلاف وجهات النظر في دلالة النصوص الواردة فيه والغرض المقصود منه .

فمن قائل إنه فرض عين على كل قادر نظراً لظاهر النصوص الآمرة به التي تفيد الوجوب مثل « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » « وأنكحوا الأيامي منكم » « من استطاع الباءة فليتزوج » « تزوج يا عكاف » وغيرها ، ولأن أصحاب رسول الله التزموه ولم يتركوه ، ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه كبعض أصحاب الصفة، وهذا ما ذهب اليه الظاهرية أتباع داود بن علي

الظاهري [1] ورواية عن الأمام أحمد [2] ومن قائل إنه فرض كفاية كالجهاد نظرا لأن المقصود الأصلي من الزواج هو بقاء النوع الانساني بالتناسل والتوالد، ويكفي في تحقق ذلك أن يفعله البعض فاذا تركه أهل بلد كلهم أثموا، وهـذا محكى عن بعض فقهاء الحنفية . كما في الكفاية شرح الهداية .

ومن قائل انه مباح لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد . وهي قضاء شهوته ، فيكون مباحاً كالأكل والشرب ، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية .

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والجعفرية [3] ووافقهم الحنابلة في المشهور عندهم وبعض الشافعية [4] إلى أنـه سنة مندوب اليه ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله في أكثر من حديث وقد قدمنا عدداً منها .

وأن رسول الله أخبر أنه سنته في الحديث المتفق عليه المروي عن أنس بن مالك قال : إن نفراً مـن أصحاب رسول الله قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلي ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر . فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكني أصوم وأفطر وأصـلي وأنام وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » [5] .

والأوامر الواردة فيـه مصروفة عن الوجوب بقرائن . فقوله

---

(١) يقول ابن حزم في المحلى جـ ٩ ص ٤٤٠ : وفرض على كل قادر على الوطء ان وجـد من أين يتزوج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد فان عجز عن ذلك فليكثر الصوم .

(٢) كما يقول ابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ٤٤٦ . ثم قال . قال القاضي : ان هذا المروي عن أحمد محمول على ما إذا كان يخشى على نفسه الوقوع في المحظور إذا لم يتزوج .

(٣) جاء في شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٥ : انه مستحب لمن تاقت نفسه من الرجال والنساء للأحاديث الواردة فيه .

(٤) راجع حاشية القليوبي على منهاج الطالبين جـ ٣ ص ٢٠٦ .

(٥) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٤ ص ٨٥ .

تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» مسوقة لبيان العدد المحلل من النساء لا لإيجابه . فلو قلنا إنها للايجاب للزم أن يكون تزوج العدد واجباً ولم يقل به أحد .

وفي الآية الثانية « وأنكحوا الأيامي منكم » ليس الأمر للوجوب بل هو مصروف عنه بقول الرسول : « إن من سنتنا النكاح » ولأنها واردة لبيان أن الفقر لا يصلح مانعاً من التزويج .

ولأن رسول الله لم يؤثر عنه أنه حتم الزواج على كل فرد من القادرين أو توعده بالعقاب على تركه كما هو الشأن في الفرائض الأخرى من الصلاة والزكاة والحج وغيرها .

وأما قصة عكاف فلعله تحقق عنده ما يوجب الزواج عليه . فليس في الأدلة ما يفيد الفرضية .

وأما القول بالإباحة استناداً إلى أنه أمر دنيوي يقصد به قضاء الشهوة فيكون التفرغ للعبادة أفضل منه فغير صحيح ، لأن الزواج ليس مجرد قضاء شهوة ، بل فيه إعفاف النفس عن الفاحشة والقيام بشئون الأولاد وتربيتهم وغير ذلك مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة .

ولأن رسول الله شدد النكير على من هم بترك التزوج ليتفرغ للعبادة فقال « من رغب عن سنتي فليس مني » - فيترجح ما ذهب إليه الجمهور من أنه مستحب مندوب إليه شرعاً .

وقد يعرض للزواج ما يجعله فرضاً أو واجبا أو حراما أو مكروها .

فيكون فرضاً فيما إذا كان الشخص قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أن يعدل مع زوجته ولا يلحق بها الضرر ، ويتيقن أنه لو لم يتزوج وقع في الفاحشة ولا يستطيع التحرز عنها بأي وسيلة ، لأن ترك الزنى مفروض عليه

والمانع من وقوعه فيه هو التزوج فيكون وسيلة إلى الفرض . ومن المقرر أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً .

فالزواج في هذه الحالة فرض لا لذاته ، بل لأنه وسيلة إلى ترك الحرام ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب

هذا في حق الرجل . أما المرأة فانه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من ينفق عليها ، وكانت عرضة لمطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها إلا بالزواج .

ويكون واجباً : فيما إذا كان قادراً واثقاً من العدل وخاف الوقوع في الفاحشة إذ لم يتزوج خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب لكنه أقل من العقاب في الحالة السابقة [١] .

وقد يكون حراما ، إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادراً عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج سواء كان ظلمها بالإيذاء أو بعدم القدرة على المخالطة الجنسية . وذلك لأن الظلم حرام فما يكون طريقاً اليه يأخذ حكمه غير أن حرمته لا لذاته [٢] .

ويكون مكروها : إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لعجزة عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقة أو عدم قدرته على المخالطة الجنسية ، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج كراهة تحريم أو تنزيه حسبما يخشاه من أنواع الظلم .

---

(١) التفرقة بين الفرض والواجب هو اصطلاح الحنفية فالأول ما ثبت بدليل قطعي ، والثاني ما ثبت بدليل ظني ، وأما غيرهم فلم يفرقوا بينهما الا في الحج كما هو مقرر في كتب الفقه والاصول .

(٢) فاذا علمت المرأة أنه غير قادر على المخالطة الجنسية ورضيت بالتزوج به فانه يجوز ، وكذا لو علمت بعجزه عن الانفاق عليها ورضيت فانه يجوز لها التزوج بشرط ان تكون رشيدة .

بقيت حالة أخيرة يتعارض فيها ما يجعل الزواج فرضاً وما يجعله حراماً . وهي ما إذا كان يقطع بالوقوع في الفاحشة إن لم يتزوج كما يقطع بظلم الزوجة إن تزوج .

وهذه الحالة يقرر الفقهاء فيها أنه لا يتزوج دفعاً للظلم ، لأنه العلاج المتعين لذلك لقوله تعالى : (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله) ، وليس معنى هذا أنه يباح له الزنى ، بل الزنى حرام لا يباح في حال من الأحوال .

وعليه بعد أن يترك الزواج أن يقاوم كلا المحظورين ، فيحارب شهوته بشتى الوسائل ليتغلب عليها ، ويقوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير . وما يجده سهلا عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه محاربة الشهوة دون الأخرى بقي على كفه عن التزوج ، وان استعصى عليه محاربة الشهوة ووجد من نفسه ميلا إلى ترك الظلم تزوج .

الفَصْل الثّاني

في مقدمـــات العقد

من النظر والخطبة وما يتعلق بها من أحكام . وفيه مباحث

تمهيد : كل عقد من العقود المهمة تسبقه عادة مقدمات لستوثق العاقد من أنه يحقق رغبته فيقدم عليه وإلا فيعرض عنه ، ولذلك كان التسرع في الارتباط به غالباً يعقبه الندم .

ولما كان الزواج من أخطر العقود لأنـــه عقد الحياة . فيه من التكاليف والالتزامات ما ليس في غيره وتترتب عليه آثار عديدة. كثبوت النسب وحرمة المصاهرة وغير ذلك زادت عناية الشارع به فجعل له مقدمة نظمها وبين أحكامها تسمى بالخطبة ليكون المتزوج على بينـــة من الطرف الآخر ، ويتحقق لهما بهذا العقد الراحة والسعادة البيتية . **والخطبة بكسر الخاء هي أن يتقدم الرجل إلى** امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلهـــا ليطلب الزواج بها بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها ، فاذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما .

المبحث الأول في النظر الى المخطوبة

ولتكون الخطبة محققة غايتها أباح الشارع النظر إلى المخطوبة مع كونها أجنبية يحرم النظر إليها ، بل أمر به ورغب فيه مبينا الحكمة التي تترتب عليه .

روى البخاري ومسلم وغيرهما عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ : « أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أي أجدر وأدعى أن يحصل الوفاق والملاءمة بينكما .

وروى أحمد وابن ماجه عن محمد بن مسلمة قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها »[1] وروى أحمد وأبو داود عن جابر قال : « سمعت النبي ﷺ يقول : » « إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

فهذه الأحاديث وغيرها تبيح النظر[2] ولكنها لم تحدد ما ينظر اليه منها ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في بيانه. فذهب الجمهور منهم إلى أنه يباح له النظر إلى وجهها و كفيها معللين ذلك. بأن هذا القدر كاف في التعرف، لأن الوجه ينبىء عن جمالها وحالتها النفسية التي تنطبع على تقاسيمه . كما ينبىء الكفان عن حال الجسم من خصوبة أو هزال .

وبعض الحنفية يزيد القدمين ، والحنابلة يزيدون الرقبة .

والجعفرية يوافقون الجمهور في قصر النظر على الوجه والكفين في الرواية

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٩٤ .

(٢) وكما يباح للخاطب أن ينظر إلى مخطوبته كذلك يباح لها الأخرى النظر إلى من حصبه توافق على خطبته عن رغبة ورضى . نص على ذلك الحنابلة كما في كشاف القناع جـ ٥ ص ٦ ومثلهم في ذلك الشافعية ففي حاشية القليوبي جـ ٣ ص ٢١٨ «ويسن للمرأة أن تنظر من الرجل أيضاً غير ما ذكر حرة أو أمة فالحاصل. أن كلا منهما ينظر من الآخر ما عدا عورة الصلاة .

وعدم تعرض الأحاديث لذلك لا يدل على أن الأمر قاصر على الرجل ، بل جاء ذلك من أن المرأة غالبا تكون مستترة فأمر بالنظر إليها، أما الرجل فهو ظاهر غير مستتر يستطيع كل أحد أن يراه ويعرف تقاسيمه ووجاهته وقبحه .

المشهورة . وفي رواية عنهم يضيفون الشعر والمحاسن والجسد كـله من فوق الثياب [١] .

ومن الفقهاء من يتجاوز هذا القدر فيبيح النظر إلى مواضع اللحم كالذراعين والساقين، لأن الغرض من إباحة النظر هو معرفة حال جسمها على حقيقته . وقد لا يكفي في ذلك رؤية الوجه والكفين [٢] .

هذا وقد بالغ داود الظاهري فأباح النظر إلى جميع البدن. ولعله أخذ بظاهر بعض الأحاديث التي تقول : « أنظر اليها » ... ولكن هذا الظاهر غير مراد لأن بعض الأحاديث الأخرى قيدت النظر بالبعض « أن يرى منهـا بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

ومع ذلك فالأحاديث لم تحدد جزءاً معينـاً فكان الاختلاف في فهم المراد منها . وهو بوجه عـام أن ينظر إلى ما يحقق مقصوده . فقد روى عبد الرزاق وسعيد بن منصور أن عمر رضي الله عنه كشف عن ساق أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه لما بعثها إليه لينظرها » .

وروي عن جابر أنه قال : « خطبت جارية فكنت أتخبأ لهـا حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها » .

وإذا لم يمكنه النظر أرسل امرأة يثق فيها تنظر إليها وتخبره بحالها .

وقت النظر

أما وقت النظر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكون عند الخطبة ، وذهب

---

(١) المختصر النافع ص ٩٦ ، شرائع الأسلام جـ ٢ ص ٦ وفيه : وله أن يكرر النظر إليها وأن ينظرها قائمة وماشية .

(٢) نقل الشوكاني في نيل الأوطار جـ ص ٩٥ هذا القول عن الأوزاعي كما نقل عن داود الظاهري جواز النظر إلى جميع البدن .

آخرون إلى أنه يكون قبلها عندما يعزم على التقدم لخطبتها ؛ لأنه أوفق بحال المرأة ، لأنه إذا نظر اليها قد توافق رغبته ، فيقدم وقد لا تعجبه فيحجم عنها . فإذا نظر إليها عند خطبتها ثم رغب عنها ترك ذلك في نفسها ألماً وحسرة ، أما إذا كان النظر قبل الخطبة وقبل أن تعلم بذلك ولم يجد فيها ما يشجعه على التقدم لخطبتها فانه لا يترك في نفسها شيئاً . ولعل في قول رسول الله ﷺ « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » ما يؤيد ذلك الرأي .

ونحن نرى أنه لا بأس بأن ينظر اليها قبل الخطبة وبعدها ، لأن النظر إليها قبل الخطبة يدعوه إلى إعلان خطبتها إذا ما صادفت في نفسه قبولا ، والنظر بعدها يؤكد هذه الرغبة بعد إعلانها .

ويحسن أن يكون مع النظر محادثة كل منهما للآخر لينكشف له مقدار تفكيرها وعذوبة حديثها بشرط أن يكون مع وجود أحد محارمها كأبيها أو أخيها أو عمها أو خالها حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى مفسدة ولا بأس من تكرار ذلك بهذا الشرط .

أما ما وراء ذلك من الخلوة بها والخروج معها ومصاحبتها إلى دور اللهو والمتنزهات فباق على تحريمه .

فرسول الله ﷺ يقول – فيما يرويه أحمد عن جابر بن عبدالله – : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان »[1] .

هذا هو الطريق المستقيم الذي رسمه الشارع للتعرف على المخطوبة فأين منه مغالاة بعض الناس في منعهم النظر متعللين بأنه يجرح كرامتهم ويلحق بهم

---

(١) منتقى الأخبار شرح نيل الأرطار جـ ٦ ص ٩٥ .

الأساءة ، وتفريط الآخرين في إباحتهم الاختلاط لا إلى حد زاعمين أن الاختلاط يكشف لكل منهما ما عليه الآخر من خلق سيء أو حميد .

فانا نقول للأولين : لو كان في النظر ما تدعون لما أباحه الشارع ـ على لسان رسوله ـ وهو العليم الخبير بما فيه مصلحة عباده فيبيحه لهم وما فيه ضررهم فيمنعه ويحذر منه .

ونقول للآخرين: إن هذا الاختلاط ـ مع ما فيه من مفاسد تؤيدها الحوادث العديدة ـ لا يؤدي إلى ما زعمتم ، لأن كلا من الخاطب والمخطوبة يظهر غالباً بغير حقيقته فيلتزم الحذر حتى لا ينكشف أمره بل يتصنع ما ليس فيه كي يلقى قبولاً عند الطرف الآخر ، وقد قيل في الأمثال« كل خاطب كاذب » حتى إذا ما تم الزواج انكشف القناع وظهر كل منهما على حقيقته .

وحوادث التغرير والتضليل التي تقع كل يوم وتنشرها الصحف شاهد صدق على ما نقول .

المبحث الثاني

في من تباح خطبتها

إذا كانت الخطبة وسيلة إلى الزواج فيجب ألا تكون المرأة المراد خطبتها محرماً عليه زواجها، لأن الغاية إذا كانت حراماً كانت الوسيلة كذلك والاشتغال بها عبث لا فائدة فيه .

من أجل ذلك قرر الفقهاء أنه لا تجوز خطبه امرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة . كأخته من النسب أو الرضاع وزوجة الأب أو الأبن وأم الزوجة أو بنتها وسائر المحرمات على التأبيد . وسيأتي بيانها إن شاء الله .

وقد وضع الفقهاء قاعدة لمن تجوز خطبتها فقالوا . إن من يجوز الزواج بها في الحال تجوز خطبتها .

ولما كانت المرأة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها في طريق زوال المانع منها أثناء عدتها تكلم الفقهاء عن حكم خطبتها بشيء من التفصيل .

إن المعتدة من طلاق رجعي لا تجوز خطبتها بالاتفاق، لأن زوجيتها لا تزال قائمة، وحق الزوج في مراجعتها قائم، فله مراجعتها في أي وقت قبل انتهاء عدتها رضيت أم كرهت، فتكون كالزوجة من كل الوجوه فتحرم خطبتها بأي شكل تصريحاً كانت أو تعريضاً . لما في ذلك من ايذاء لزوجها أو إثارة للنزاع بينه وبين من خطبها . ولا يجوز ذلك حتى ولو أذن الزوج في تلك الخطبة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز إهداره .

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى [1] فالحنفية يذهبون إلى أنه لا تجوز خطبتها . لا تصريحاً ولا تعريضاً [2] لأن الطلاق البائن إن قطع

---

(١) الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزوج في الاستمتاع ولا حل الزوجة له فيجوز له مخالطتها جنسياً ويكون ذلك رجعة له عند الحنفية ، والطلاق البائن بينونة صغرى يزيل ملك الزوج في الاستمتاع فلا يجوز له قربانها ولكنه لا يزيل الحل . بمعنى أنه يحل له أن يعقد عليها من جديد، وأما البائن بينونة كبرى فانه يزيل الملك والحل معاً ، فلا يجوز للمطلق التمتع بمطلقته ولا العقد عليها حتى تنكح زوجاً غيره .

(١) الفرق بين التصريح والتعريض. أن التصريح أن يذكر لفظا لا يحتمل معنى غير رغبته في التزوج بهذه المرأة نحو أرغب في الزواج منك ، أو جئت لخطبتك ، أو أطلب الزواج بك .

وأما التعريض أو التلميح . فهو أن يذكر لفظاً له معنى ظاهر ويحتمل معنى آخر ولكنه لا يقصد به معناه الظاهر كقوله : أنت تقية صالحة أو مهذبة ، أو أريد التزوج ، أو وددت أنه يتيسر لي امرأة صالحة ، أو إذا انقضت عدتك فاعلميني ، أو يذكر فضله ومنزلته . فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة فقال : لقد علمت أني رسول الله وخيرته من خلقه وموضعي من قومي وكانت تلك خطبته .

وروى الدار قطني عن سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن علي محمد علي بن الحسين ولم =

رباط الزوجية إلا أن بعض آثاره باقية ، وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة النزاع بين مطلقها وبين من خطبها .

ومن ناحية أخرى : إن إباحة خطبتها قد يحملها على ارتكاب محظور إذا رغبت في زواج من خطبها - فتقر بانقضاء عدتها في مدة زاعمة أنها حاضت فيها ثلاث حيضات وتصدق في ذلك الأقرار لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتها وليس لأحد سلطان عليها . بخلاف المتوفي عنها زوجها فان جواز التعريض في حقها لا يؤدي إلى هذا المحظور حيث تعتد بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا [1] .

وأما أصحاب المذاهب الأخرى ومعهم الجعفرية فقرروا أنه لا يجوز خطبتها تصريحاً مراعاة لجانب الزوج المطلق ، لأنها معتدة منه ، وقد يثور النزاع بينه وبين من خطبها ، وجوزوا خطبتها بطريق التعريض لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن وهو كاف في جواز التعريض الذي لا يثير النزاع بينه وبين مطلقها .

وقد أيد القائلون منهم بالقياس [2] ذلك بقياسها بالمتوفي زوجها حيث جاز التعريض بخطبتها بالنص بجامع انقطاع الزوجية فيها .

= تنقض عدتي من مهلك زوجي فقال: عرفت قرابتي من رسول الله وقرابتي من علي وموضعي من العرب » فقلت غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك تخطبني في عدتي ؟ قال : انما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي « نيل الاوطار » ٦ ص ٩٣ وانما سمي ذلك تعريضاً لأن الخطبة لا تفهم من عبارته صراحة وانما تفهم من عرضه وجانبه ولذلك لا يفهمها كل أحد .

(١) والسر في جعل عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام . هو أن هذه المدة هي التي يعلم فيها وجود الولد وعدمه ، فانه يكون أربعين يوماً نطفة ثم أربعين علقة ثم أربعين مضغة فهذه أربعة أشهر ثم ينفخ فيه الروح في الدور الرابع فقدر عشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان هناك حمل . ابن القيم في اعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٠٨ .

(٢) وهم أصحاب المذاهب الثلاثة السنية ، لأن الجعفرية لا يقولون بحجية القياس كما هو مقرر في أصول الفقه .

ولا يخفي أنه قياس مع الفارق ، لأن الزوجية بالوفاة قد انقطعت إلى غير رجعة ، أما في الطلاق البائن فيمكن رجوعها بالعقد عليها في البينونة الصغرى. وهو كاف في الفرق بين المقيس والمقيس عليه. على أن المحظور الذي يتصور في خطبة المطلقة بائنا وهو ادعاء انقضاء العدة قبل وفائها غير موجود في خطبة المتوفي عنها زوجها ، لأن عدتها إما بوضع الحمل إن كانت حاملاً أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً وكلاهما لا يمكن فيهما الادعاء كذباً .

أما المعتدة عن وفاة زوجها فقد اتفقت كلمة الفقهاء فيها على أنه لا تجوز خطبتها تصريحاً وتجوز خطبتها بطريق التعريض .

يدل لذلك قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير . ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم » سورة البقرة / ٢٣٤ – ٢٣٥ / .

فهذا النص الكريم يبين عدة المتوفي عنها زوجها والأحكام المتصلة بها ورفع الجناح عن التعريض بخطبتها في العدة ، ونهى عن المواعدة بالنكاح « ولكن لا تواعدون سراً » وهو الخطبة الصريحة، ثم نهى عن العقد عليها حتى تنتهي عدتها . والمراد بالنساء هن المتوفي عنهن أزواجهن بدليل سياق الكلام فيقتصر الاستثناء على موضعه [1] .

---

(١) فالحنفية يحملون هذا الكلام راجعاً إلى المتوفي عنها زوجها لقربها ، والجمهور يرجعونه إلى كل ما تقدم من المتوفي عنهن أزواجهن والمطلقات . وكذلك صح عندهم حديث فاطمة بنت قيس وقد أباح فيه الرسول التعريض بخطبتها وهي في عدة الطلاق الثلاث .
بينما لم يصح هذا الحديث عند الحنفية هذا هو مبنى الخلاف بين الفريقين .

والسر في إباحة التعريض . إن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ولا أمل في عودتها فليس هنا زوج يتضرر من هذا التعرض، وقد يكون في ذلك عزاء لهذه المرأة التي فقدت عائلها ، فلا ينقطع أملها في الحياة الكريمة في ظل زوج كريم .

وأما منع التصريح فمراعاة لجانب المرأة من ناحية أخرى وهو أحدادها على زوجها ، فلو أبيح التصريح لحمل المرأة على التزين وترك الأحداد . على أن الزوج لا يعدم أن يكون له أقارب يلحقهم الأذى بهذا التصريح .

ولله في تشريعاته حكم وأسرار لا نستطيع الوقوف عليها كلها بعلمنا القاصر . وصدق الله إذ يقول : « وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » .

أثر تلك الخطبة المحرمة :

عرفنا أن الفقهاء متفقون على تحريم الخطبة في الحالات السابقة لعدم توفر شرط صحتها . وهو كون المرأة ممن تحل له عندها .

فإذا فرض وأقدم شخص على خطبة واحدة منهن كان مرتكباً أمراً محرماً يعاقب عليه في الآخرة ، ولو عقد عليها في العدة كان العقد باطلا لا نعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء . أما إذا عقد عليها بعد انتهاء عدتها بناء على الخطبة السابقة كان العقد صحيحاً وتترتب عليه آثاره على الأصح عند الجمهور [1]

---

(١) يقول الشوكاني في نيل الأوطار جـ ٦ ص ٩٤ : واختلفوا هل تحل له بعد ذلك ، فقال مالك والليث والأوزاعي لا يحل نكاحها بعد ، وقال الباقون : بل يحل له إذا انقضت العدة أن يتزوجها ان شاء الله ١ هـ

وقد اختلف الصحابة قبلهم فيها فذهب عمر رضي الله عنه إلى تحريمها عليه تحريما مؤبداً زجراً ومعاملة له بنقيض مقصوده، وذهب علي كرم الله وجهه إلى أنها تحرم عليه في العدة فقط وتحل له بعد العدة عملا بالبرأة الأصلية .

المبحث الثالث

في الخطبة على الخطبة

قد تكون المرأة متوفراً فيها شرط صحة الخطبة . وهو كونها ممن تحل له في الحال . غير أنه عرض لها عارض وهو أن غيره سبقه إلى خطبتها . ففي خطبتها اعتداء على الخاطب الأول .

وهذه الخطبة ورد النهي عنها فيما رواه أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » .

وما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » وفي رواية « حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب »[1] .

فهذه الأحاديث تفيد تحريم الخطبة على الخطبة لظاهر النهي والتعبير بلا يحل . وهو ما ذهب اليه جماهير الفقهاء . وإذا كان النهي مسلطاً على الخطبة على خطبة الغير منعاً لما يترتب عليها من إثارة النزاع وهذا يصدق من غير شك على من أجيبت خطبته وقبلت رغبته .

أما من رفضت خطبته فلا يشملها النهي ، ومثلها في ذلك ما إذا أذن الخاطب الأول للثاني كما صرحت به بعض الأحاديث ، لأننا لو منعنا خطبتها لغير الأول لألحقنا بها الضرر البالغ وهذا ما لا يقصده الشارع .

ولأن الخطبة في هذه الحالة لا تسمى خطبة على خطبة ، لأن المرأة لا تسمى حينئذ مخطوبة للخاطب الأول .

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١ .

أما إذا لم يفصل في الخطبة الأولى برأي لا بقبول ولا برفض . وهي حالة التردد والسكوت فهل تدخل في ذلك ويكون منهياً عنها أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

أولهما : وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة ومالك وغيرهما . أن الخطبة في هذه الحالة ممنوعة ، لأن الأحاديث الناهية تتناولها حيث أن الأول يسمى خاطباً والمرأة مخطوبة له . وهذا السكوت من جانبها وان لم يدل على الرضى بالخاطب فهو لا يدل على الرفض ، لاحتمال وجود أصل الرغبة ، والسكوت للتحري عن الخاطب ليتحقق الاطمئنان الكامل والرغبة التامة ، فأباحة الخطبة الثانية في هذه الحالة قد يترتب عليها زوال تلك الرغبة ورفض خطبة الأول وهو نوع اعتداء عليه والله لا يحب المعتدين .

وثانيهما : إباحة هذه الخطبة وهو أحد الرأيين عن الشافعي وبعض الشيعة مستندين في ذلك إلى ما رواه أصحاب السنن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها رسول الله سكنى ولا نفقة وقال لها الرسول : إذا حللت فآذنيني فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله : « أما معاوية فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضرّاب للنساء ، ولكن أسامة ، فقالت بيدها هكذا أسامة ، فقال لها رسول الله طاعة الله وطاعة رسوله . قالت فتزوجته فاغتبطت »[1] .

قالوا : إن الرسول لم ينكر على واحد من هؤلاء الثلاثة خطبته وإنما أرشدها إلى أفضلهم . وهذا الاستدلال يتم لهم لو ثبت أن هؤلاء خطبوها متوالين ، وأن كل واحد منهم كان يعلم بخطبة من سبقه إليها ، وهو لم يثبت بعد ، لاحتمال

---

(١) المرجع السابق ص ٩٢ . رجل ضراب : أي كثير الضرب للنساء ، في رواية اخرى لا يضع عصاه عن عاتقه

أنهم خطبوها في وقت واحد أو على التوالي دون أن يعلم المتأخر بخطبة السابق .

أثر هذه الخطبة في العقد المترتّب عليها :

إذا خطب شخص مخطوبة غيره وعقد عليها فهل يكون لهذه الخطبة المنهى عنها أثر في صحة العقد ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة :

١ – ذهب الحنفية والشافعية والجعفرية إلى أنها لا تؤثر في العقد قضاء . على معنى أن القاضي لا يحكم بفسخه وينفذه ، وإنما أثرها ديني فقط حيث أنه ارتكب أمراً منهياً عنه فعقا به أخروي ، لأن هذه المخالفة لم تكن في نفس العقد بل في وسيلته وهي لا تؤثر فيه ، لأنها ليست جزءاً من العقد ولا مقدمة لازمة فيه ، فلو عقد شخص عقد الزواج دون أن يتقدم عليه خطبة كان عقده جائزاً شرعاً .

٢ – وذهب داود الظاهري إلى أنها تؤثر فيه ، فيكون العقد فاسداً يجب فسخه مطلقاً سواء دخل بها أو لم يدخل ،لأن الخطبة المنهى عنها ليست مقصودة لذاتها بل لأجل الغاية منها وهي العقد ، فيكون النهي مسلطاً على العقد .

ونحن نقول لهم : إن سبب النهي ما يترتب على المنهى عنه من الفساد ، وهنا يترتب على مجرد الخطبة فساد وهو العدوان على حق الغير وما يثيره ذلك من من النزاع حتى ولو لم يتم العقد من الثاني ، وإن كان العدوان يتم والنزاع يستحكم بالعقد المترتب على تلك الخطبة ، فيكون النهي مسلطاً على نفس الخطبة .

٣ – وذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم [١] إلى التفصيل بين حالتي الدخول وعدمه ، فيقولون : إن هذه الخطبة تؤثر في العقد قبل الدخول لا بعده . بمعنى أن القاضي إذا علم به قبل الدخول فسخه ، لأن هذا العاقد تعدى ما ندبه الشارع إليه ، وإذا علم به بعد الدخول فلا فسخ ، لأن العقد تأكد بالدخول فلا يجوز فسخه لما يترتب عليه من أضرار .

هل للخطبة المشروعة اجراءات مرسومة ؟

أذن الإسلام في الخطبة كمقدمة للزواج ، وأمر الخاطب أن ينظر إلى مخطوبته ، ورسم الآداب التي يسير عليها الخاطبان ولم يجعل لها إجراءات معينة لأنها ليست عقداً بل هي مقدمة له ، غير أنه جعل للعقد إجراء معيناً يختلف فيه عن سائر العقود .

ولهذا تقع الخطبة في البلدان الإسلامية بدون إجراءات معينة إذا استثنينا لبنان وسوريا ، لأنهما عملا بقانون حقوق العائلة الذي أصدرته تركيا سنة ١٩١٧ ووضع فيه إجراءات معينة تتم الخطبة على نهجها نظراً لأنه قانون شامل لأحكام الأسرة للمسلمين وغير المسلمين .

ولما كان الشعب اللبناني يتكون من طوائف متعددة ، ولكل طائفة نظامها الخاص في الزواج ومقدماته . وقد عمل بذلك القانون ولا يزال يعمل إلى الآن وجد عندهم اجراءات معينة تجري عليها الخطبة الغرض منها التثبت من أهلية راغبي الزواج وعدم وجود مانع يمنع منه . وهي في جملتها إجراءات

---

(١) ولهم رأيان آخران : أحدهما الصحة كما يقول الجمهور ، وثانيهما الفساد مطلقاً كما يقول داود كما في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢١٧ وفيه أن الفسخ قبل الدخول سواء طلبه الخاطب الأول أو لا لكن عباراتهم مختلفة في أن الفسخ واجب أو مستحب وهو الصواب .

شكلية لأجل توثيق العقد [1] بمعنى أن العقد لا يوثق بدونها لا يؤثر على صحة عقد الزواج إذا لم توجد ، لأن أحكام العقد تتبع شريعة كل طائفة على حدة .

وانما يظهر أثر ذلك في عدم سماع الدعاوي المتعلقة به أمام القضاء إذا لم يكن موثقاً .

وهذه الإجراءات منصوص عليها في المواد من ١ - ١٤ من الملحق لقانون حقوق العائلة [2] . تتلخص في أنه يعرض أمر مريدي الزواج على هيئة مختارة من القرية أو المحلة التي يقيمان فيها إذا كانا من قرية أو محلة واحدة لتبحث حالها ، فإذا لم يكونا من قرية أو محلة واحدة عرض أمر كل منهما على هيئة قريته أو محلته لبحثه . وبعد البحث تعطيهما تصريحاً بإجراء عقد الزواج .

يذكر فيه اسم الطرفين وشهرتهما وأبويهما وصنعتهما وعملهما ومحل إقامتهما ن كان الزواج يحتاج إلى أذن الولي . ولا تملك الهيئة الامتناع عن إعطاء لتصريح حق ولو وجد مانع يمنع أو لم يتوفر إذن الولي ، بل عليها أن تعطي التصريح مع بيان المانع أو عدم إذن الولي .

وتعطى مع التصريح لكل من الطرفين تذكرة شخصية ، ويقدم للمحكمة التي يكون فيها إقامة أحدهما . وعلى المحكمة أن تفحص هذا التصريح والأوراق التي معه فإن رأت نقصاً أعادته إلى مقدمه لإكماله . فإذا ظهر لها من الفحص عدم أهلية أحدهما للزواج أو قام به مانع من الزواج ردت طلب العقد بقرار مبين أسباب الرد ، ويقيد في دفتر أساس المعاملة ويدرج في الضبط .

وإذا وجدت في بيان الهيئة أن الولي غير موافق . وموافقته لازمة لإتمام

(١) أو بتعبير آخر هي إجراءات لإعلان عقد الزواج قبل إجرائه تطبيقاً للمادة ٣٣ من ذلك القانون ونصها : « يعلن عقد النكاح قبل إجرائه » .

(٢) المعنون له بنظام المعاملات الإدارية المتعلقة بقرار حقوق العائلة .

العقد طلب إلى الولي أن يحضر بنفسه أو وكيله ليبين أسباب عدم موافقته أمام طالبي الزواج ، ثم تبحث اعتراضات الولي والرد عليها. وتثبت ذلك في محضر، ثم تصدر قرارها في ذلك بقبول اعتراض الولي ورفض توثيق الزواج أو برفض اعتراضه وإمضـاء الزواج ، فاذا لم يحضر الولي أو حضر ولم يبد أسباباً لاعتراضه رفض اعتراضه .

وإذا وجدت المحكمة أن الأوراق كاملة ولا يوجد مانع من الزواج بحثت عن سنهما في إدارة النفوس ، فاذا ثبتت صحة الأوراق وما بها من بيانات أعلنت أنه سيتم إجراء عقد الزواج ، وان من له اعتراض عليه يبينه للمحكمة في مدة لا تزيد على عشرة أيام تبدأ من يوم الإعلان .

وإذا كان أحد الخاطبين يقيم في غير دائرة هيئة المحكمة تكتب إلى المحكمة التي يقيم في دائرتها ، وتعلق نسخة من الإعلان في ديوان المحكمة ، ونسخة أخرى في محل اجتماع الناس .

وإذا رأت المحكمة أن من الضروري نشر صورة من هذا الإعلان في الجريدة نشرته واحتفظت بنسخة من الجريدة في الملف .

وإذا ألصق الإعلان يثبت تاريخ الإلصاق ويوقع عـلى محضر الإلصاق الحاضرون في وقته ويحفظ المحضر في الملف ، وإذا أصدرت المحكمة قرارها بجواز عقد الزواج منحت الإذن باستماع صيغة العقد ، وعينت نائباً عنها يحضر العقد ، وينص في وثيقة العقد أسماء العاقدين وشهرتهما ووالديهما وصنعتهما ومحل إقامتهما ودينهما وتابعيتهما وأسماء الشهود وشهرتهم وشهرة المعرفين والوكلاء إذا أجرى العقد بالوكالة وشهود الوكالة وصناعتهم ومحل إقامتهم ومقدار المهر المسمى والشروط المبينة في العقد .

المبحث الرابع

في العدول عن الخطبة وما يترتب عليه

إذا تمت الخطبة سواء صحبها قراءة الفاتحة كما يفعله كثير من الناس أو لم يصحبها ذلك لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد ، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها ، لأننا لو قلنا بألزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه . وفي هذا من الضرر ما لا يخفي .

قد يقال : أليس خلف الوعد من الرذائل المنهى عنها ؟ قلنا نعم ما لم يترتب على الوفاء به ضرر بين ، ولهذا ينبغي ألا يقدم أحد الخاطبين على فسخ الخطبة إلا لسبب واضح يجعل الحياة الزوجية مضطربة غير مستقرة .

أثر العدول عن الخطبة :

إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا ، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار يعرف ذلك بالتفصيل الآتي :

أما بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب رد ما قدمه من مهر قليلا كان أو كثيراً ، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، وما دام الزواج لم يوجد فلا حق لها في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج ، فإن كان قائماً أخذه بعينه ، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

وأما ما قدمه من هدايا . فالفقهاء متفقون في الجملة على ردها وان اختلفوا في التفاصيل .

فالشافعية يذهبون إلى وجوب الرد مطلقاً باقية أو غير باقية ، فإن كانت موجودة ردت بعينها، وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها سواء كان العدول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منهما معاً .

والحنفية يذهبون إلى وجوب ردها إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة بها لا يمكن فصلها . فإن هلكت كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كطعام أكل أو ثوب لبس وبلي ، أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها كقماش خيط ثوباً ، أو خرجت عن ملكها بأن تصرفت فيها ببيع أو هبة لا يجب ردها في جميع تلك الصور ، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة ، والهبة يمتنع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت الهدية عند اهدائها مشروطة بالزواج أو لا ، فان كانت مشروطة بالزواج من المهدي يجب ردها ولو هلكت ، وإن لم تكن مشروطة به فحكمها كالحكم عند الحنفية .

والمالكية في أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها ، ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم هو الأوفق كما يقولون يفصلونه على الوجه الآتي :

إن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه يعمل به ، وان لم يكن شرط ولا عرف ، فان كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هداياه ، لأنه آلمها بعدوله عن خطبتها فلا يجمع عليها مع هذا الإيلام إيلاماً آخر . وإن كان العدول منها وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائماً أو مثله أو قيمته إن كان هالكاً ، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن آلمته بفسخ خطبته .

ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هو هبة مقيدة فانه لولا

الخطبة الموصلة للزواج ما قدم لها شيئاً ، فاذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدم الهدايا . والعدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله .

وقد أخذ بهذا الرأي في مشروعات الإصلاح التي وضعت في مصر لكنه لم يتقرر بعد .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان الآن :

أما مصر فالعمل في القضـــاء يجري فيها على مذهب أبي حنيفة حيث لم يصدر تشريع يخالف ذلك إلى الآن .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة ينص في مادته الثانية على أنه « بعد تمـام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاها حساباً من المهر عيناً إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت . أمـا الأشياء التي أعطاها الطرفان لبعضهما بعضاً هدية فتجري أحكام الهبة بحقها » .

وعلى ذلك يكون العمل في حق المسلمين السنيين مثل المعمول به في مصر لأن أصل قانون حقوق العائلة مذهب أبي حنيفة إلا في بعض مسائل ليست هذه منها .

وكذلك في حق الجعفرية إذا لم تكن مشروطة بالزواج من المهدي لاتفاق مذهبهم مع مذهب الحنفية في ذلك . أمـــا إذا كانت مشروطة فالعمل بمذهبهم .

وفي رأينا أنه إذا وجد شرط كهذا يكون شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به فيتقارب المذهبان [1] .

---

(١) أما الطائفة الدرزية فالمعمول به في حقهما جاء بالمادة - ٢٦ - من قانونهم وهو =

الاختلاف فيما قدمه [1] :

هذا هو حكم ما قدمه من مهر أو هدية عند فسخ الخطبة فيحكم به إذا كان الخاطب والمخطوبة متفقين على نوعه . فان اختلفا بأن قال الخاطب هو من المهر ليكون له حق الاسترداد مطلقاً ، وقالت هو هدية ليمتنع الاسترداد إذا وجد مانع من الموانع السابقة فأيهما يصدق ؟

الحكم في هذه المسألة يختلف باختلاف صورها . وقبل بيان أحكام الصور المختلفة نذكر أموراً مقررة في الفقه بتطبيقها تعلم الأحكام المطلوبة .

١ – عند إقامة كل من الطرفين المتنازعين البينة تقدم بينة من لم يشهد له الظاهر ، لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، فان لم يكن إلا بينة من طرف واحد قضي بها ، لأن من أقامها نور دعواه وأيدها بالحجة .

٢ – الظاهر في هذا النزاع يشهد للزوج لأن الإنسان يعمل أولاً على أداء ما عليه من الواجبات لتبرأ ذمته ثم بعد ذلك يتبرع .

٣ – العرف يرجع إليه عند العجز عن إقامة البينة ، فيكون الظاهر مع من يشهد له العرف فيقضي بقبوله مع يمينه ، وعلى ضوء هذه الأمور نقول :

إذا أقام أحدهما البينة وحده قضي له ، لأنه أيد دعواه بالحجة ولا معارض لها .

= يتفق في الجملة مع مذهب المالكية ونصها « فان كان الرجوع من الخاطب فلا يجوز له أن يسترد شيئاً مما قدمه سواء كان باقياً وقت رجوعه أولا ، وان كان الرجوع من جهتها وجب عليها أن ترد كل شيء بنفسه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكاً ما لم يكن بينهما شرط فيعمل به » .

(١) لما كان العمل بمذهب الحنفية في مصر وبقانون العائلة في لبنان وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ومذهب الجعفرية قريب منه رأينا أن نتكلم عن حكم اختلاف الخاطبين عند الرجوع في نوع المقدم للمخطوبة أهو من المهر أم هدية ليكون القارىء على بينة منه .

وإذا أقام كل منهما البينة على دعواه رجحت بينتها ، لأنها أثبتت خلاف الظاهر، والبينات شرعت لإثباته والظاهر هنا مع الزوج كما قلنا، لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا ، والإنسان يسعى أولاً لأداء الواجب عليه ثم يتبرع .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكمنا العرف ، فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهراً قضى للزوج إذا حلف اليمين .

وان كان جارياً على أنه يعتبر هدية قضى لها مع اليمين أيضاً ، فان نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بصحة دعوى الخصم .

وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه المعطي . وهو أدرى بما أداه إن كان مهراً أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهراً كالأشياء المأكولة ـ مثلا ـ .

الضرر المترتب على العدول عن الخطبة :

قد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة فيصيب الطرف الآخر ضرر مادي أو أدبي فهل يجب على العادل أن يعوضه عنه ؟

مسألة لم يعرض لها الفقهاء القدامى إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك . وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون .

فهل كان في المسلمين الأولين من يشترط على الزوجة جهازاً معيناً، أو يشترط على الزوج شراء أشياء معينة غير ما قدمه من مهر ؟ وهل كان فيهم من يترك الخاطب يأخذ مخطوبته ويذهب بها حيث يشاء دون رقيب بدعوى تعرف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية ؟

لم يكن شيء من ذلك ، وإنما هي أمور أحدثها الناس ، وليس معنى هـذا أن تقف الشريعة عاجزة عن أن تعطي كل محدث من الأمور حكمه المناسب .

كيف وقد قال الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضيـة بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

تاريخ المسألة وتطورها في القضاء :

لم تثر هذه المسألة أمام القضاء إلا بعد أن استقرت القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية ، وتمكنت العادات المستوردة في نفوس الشرقيين الذين يدينون غالباً بالإسلام .

أثيرت في دوائر القضاء الذي يحكم في الأضرار المادية والأدبية وتعويضها .

وانقسم القضاء فيها أول الأمر إلى فريقين : فريق يرى وجوب التعويض محاولاً جعل الخطبة اتفاقاً ملزماً باعتباره التزام كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم . ومن ثم يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض عن الضرر المادي والأدبي إلا إذا أثبت العادل سبباً معقولاً لعدوله . وفريق آخر يرى أن العدول لا يوجب التعويض على من عدل عن الخطبة ، لأن العدول حق ثابت لهما غير مقيد بشرط ، والعادل إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق .

ولأن الذي ناله الضرر يعلم أن للطرف الآخر العدول في أي وقت شاء ، فاذا أقدمت المخطوبة على الجهاز مثلا بناء على الخطبة فالضرر لحقها نتيجة اغترارها ولم يغرر بها أحد ، وكذلك الخاطب إذا أعد بيته بناء على الخطبة يكون مغتراً لا مغرراً به ، وكان الواجب على من وقع عليه الضرر أن يتفاداه قبـل

الوقوع فيه بأن يطلب من الطرف الآخر البت في المسألة إما بإمضاء الزواج أو فسخ الخطبة ، وحيث أنه لم يأخذ الحيطة لنفسه فليتحمل نتيجة تقصيره .

ولما كان كل من المسلكين باطلاقه فيه نوع مغالاة ، لأن الأول أخرج الخطبة عن طبيعتها من أنها مجرد وعد لا التزام فيه إلى أنها اتفاق ملزم باجراء عقد الزواج ، وفيه تسليط نوع من الإكراه على إتمام عقد الزواج ، لأن كلا من الطرفين قد يقدم على العقد وهو غير راغب فيه خوفاً من التعريض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة . وفي الإكراه على الزواج إجبار شخص على التزوج بامرأة لا يرغب فيها ، أو إجبار امرأة على التزوج برجل رغبت عنه ، وهذا يتنافى مع المبادىء التي يقوم عليها عقد الزواج عقد الحياة والسكن والمودة وتكوين الأسرة السعيدة .

والثاني نظر إلى طبيعة الخطبة وأنها مجرد وعد لا التزام فيه ، وان العدول عنه حق مقرر لكل من طرفيه ولم يلتفت إلى أن هذا الحق قد يساء استعماله فيترتب عليه الضرر أو ينضم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر . من أجل ذلك وقفت محكمة النقض موقفاً وسطاً بين المسلكين السابقين .

فجاء في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء وخصوصاً أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه – باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول – قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً

أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتضمين .

وقد قال الدكتور السنهوري إن القضاء في مصر انتهى إلى المبادىء الثلاثة الا تية :

١ – الخطبة ليست بعقد ملزم .

٢ – مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .

٣ – إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض .

وهذا الذي انتهى إليه الأمر في القضاء وان كان الفقهاء لم يصرحوا به إلا أنه يتفق مع الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الذي استنبط الفقهاء منه قاعدة « الضرر يزال » وقاعدة « التسبب في الضرر يوجب الضمان إذا كان عمد »[1] كما يتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق ، فيكون التعويض في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين ، وإنما عن الضرر الناشيء عن أفعال صاحبت العدول أو سبقته ، فتدخل المسألة في باب التغرير الموجب للضمان .

وحينئذ بنظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض ، كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشئون البيت بعد الزواج ، أو قامت باعداد الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض .

---

(١) المادتان ٩٣ ، ٣٠ من المجلة العدلية ونص الثانية « المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

ومثل ذلك إذا قام الخاطب بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض ، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغريرها .

أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ، ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو وعدم تريثه في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي جلب على نفسه الضرر .

الباب الثاني

في

أركان العقد وشروطه وطرق إثباته وأنواعه

وفيه فصول

تمهيد

في بيان معنى الركن والشرط

لكل عقد من العقود مقومات . وهي الأمور الأساسية التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد بدونها سواء أكانت جزءاً منه كالإيجاب والقبول ، أو كانت من اللوازم العقلية لأجزائه كالعاقدين والمحل .

وإنما كانت هذه لوازم ، لأن العقد ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما وهذا الارتباط إنما يكون من شخصين غالباً وهما العاقدان ، ولا بد أن يكون على شيء معين هو محل العقد ، ويسمى المعقود عليه ليظهر أثر العقـد فيه . وبعد ذلك يكون له غاية هي المقصد الأصلي الذي شرع العقد له ، وتسمى في عرف القانونيين موضوع العقد ، وعند الفقهاء حكم العقد أي الأثر المترتب عليه .

ففي عقد الزواج الذي نتكلم عنه . العاقدان هما الزوج والزوجة إن تولت العقدبنفسها عند من يجوز ذلك،وعند المانعين.العاقدان هماالزوج وولي الزوجة. **ومحل العقد** هو المرأة [1] وبعبارة أدق : هو الانتفاع بالمرأة ، لأن العقد ليس على ذاتها وإنما على الانتفاع بها بالتمتع الخاص .

---

(١) هذا عند الحنفية . والمالكية يقولون : إن محل العقد هو الزوج والزوجة المعلومان الخاليان من الموانع الشرعية وهو قول للشافعية،وهذا أشبه بالفقه،لأن حل الاستمتاع ثابت لهما . فكما أن الرجل يتمتع بالمرأة كذلك هي تتمتع به .

والغاية المقصودة هى حل الاستمتاع .

وقد أوجب الشارع في تلك المقومات أوصافاً تكميلية تسمى في عرف الفقهاء بالشروط . كأهلية العاقدين له وقابلية المحل لحكمه . فالعقد المنتج لآثاره له أركان وشروط لا يوجد العقد معتبراً شرعاً بدونها .

معنى الركن والشرط :

ركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناءه [١] .

وفي الاصطلاح الشرعي : ما يكون به قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلا في حقيقة . وذلك كالإيجاب في العقد فإنه جزء داخل في حقيقته لا يوجد العقد بدونه .

والشرْط في اللغة هو إلزام الشيء والتزامه كما في البيع ونحوه كالشريطة وجمعه شروط ..

وبالتحريك « الشرَط » العلامة وجمعه أشراط . ومنه أشراط الساعة أي علاماتها [٢] .

– والفرق بين الرأيين أن من يقول إن محله المرأة يجعل حق المطالبة بالمخالطة الجنسية للرجل فله أن يجبرها على ذلك . أما هي فليس لها أن تجبره إلا مرة واحدة ، ولكن يجب عليه ديانة أن يحصنها ويعفها حتى لا تفسد أخلاقها .

ومن يقول : إن محله الرجل والمرأة يجعل حق المطالبة بهذا لكل منهما لأن العقد على انتفاع كل منهما بالآخر .

(١) قوام الشيء بالكسر هو عماده وملاكه الذي يقوم به . وقد يفتح كما في مختار الصحاح .

(٢) القاموس المحيط وأساس البلاغة

وفي الإصلاح الشرعي : أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعاً . مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج ، لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحاً في نظر الشارع عندهم .

وكون المرأة محلا للزواج . بألا تكون محرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً عند الفقهاء جميعاً ، فان هذا أمر خارج عن حقيقة العقد الذي هو ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامها يتوقف عليه وجود العقد المعتبر شرعاً .

فالركن والشرط يتفقان في أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، ويفترقان في أن الركن جزء من الحقيقة والشرط ليس جزءاً منها .

بعد هذا التمهيد نفصل الكلام على أركان الزواج وشروطه .

الفصل الأول

في أركان الزواج وفيه مباحث

المبحث الأول

في صيغة العقد والألفاظ التي تتحقق بها

عقد الزواج له ركنان : الإيجاب والقبول [1] . والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولاً دالاً على ما يريده من إنشاء العقد . ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجباً ، والقبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الآخر دليلا على موافقته على ما أوجبه الأول. ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلا. فأول الكلامين إيجاب سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة [2] وسمي

---

(١) هذا عند الحنفية ، وذهب جمهور الفقهاء من أهل السنة ومعهم الجعفرية إلى أن أركانه أربعة الإيجاب والقبول والزوجان، وعبارة الشيعة للزواج ركنان الصيغة والزوج [illegible] المهر فليس ركناً ولا شرطاً .

فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ١٧٦

(٢) وذهب الجمهور ومعهم الجعفرية إلى أن الإيجاب يكون من جانب المرأة [illegible] جانب المملك وان جاء متأخراً، والقبول يكون من المتملك وهو الزوج لذلك تكلموا على جواز تقديم القبول على الإيجاب فاجازوه في المشهور عنهم .لأن الإيجاب من جانب المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به فاغتفر ذلك هنا . راجع الشرح الكبير بحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٢ ، شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٨ فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ١٧١ .

إيجاباً لانه أوجد الالتزام ، وسمي الثاني قبولا ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام وما فيه من التزام بالنسبة للقابل كان نتيجة لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول :

الأصل في تحقق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة ، وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة في بعض صوره .

ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها من ناحية مادتها وناحية صورتها .

أما الاولى : فقد اتفقوا على أنه ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادتي الزواج والنكاح ، لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بها . كما اتفقوا على عدم انعقاده بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن ، لأنها لا تفيد التحليل والزواج من عقود التحليل ، لأنه يفيد ملك المتعة للزوج .

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية ، لأنها وان أفادت التمليك إلا أنه تمليك مضاف لما بعد الموت ، والزواج يفيد التمليك في الحال ، فلم توجد علاقة مسوغة لاستعمال لفظ الوصية في الزواج .

وكذلك لفظ الإجارة ، وإن خالف فيه الكرخي من الحنفية لكن رأيه مرجوح ولا معنى له ، لأنها وان أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها شرعت مؤقتة بوقت معين والزواج شرع على الدوام والتأبيد ، وكل تأقيت فيه يلحق به الفساد على الأصح .

واختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ كالهبة والتمليك والبيع والصدقة والجعل . فالشافعية والحنابلة [1] منعوا انعقاده بهذه الألفاظ كلها وقصروه على

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣١٦ والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٣٢ . وللحنابلة رأي آخر وهو أن في انعقاده بلفظ الهبة روايتان راجع الانصاف جـ ٨ .

لفظي النكاح والتزويج وما اشتق منهما كأنا متزوج مثلا . مستندين إلى أن الزواج عقد له خطره إذ به تحل المرأة بعد أن كانت حراماً وتثبت به الأنساب ، ففيه ناحية تعبدية تجعلنا نتقيد بمـــا ورد عن الشارع فيه من ألفاظ ، ولم يرد في مواضع تشريعه في القرآن إلا بهذين اللفظين جاء ذلك في أكثر من عشرين آية منهـا (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) النساء / ٣ / (وأنكحوا الأيامى منكم) النور / ٢٢ / (فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها) الأحزاب / ٣٧ / ومن هنا قالوا: إن المراد بكلمة الله في الحديث « واستحللتم فروجهن بكلمة الله » الزواج والنكاح . لأنها الواردتان في القرآن فلا يصح أن يقاس غيرهما عليهما .

على أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلا بد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحاً حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه . أما غيرهما من الألفاظ فإنها لا تدل عليه إلا بالنية والقرينة ، وقد يخفى ذلك على الشهود فـــلا تصح شهادتهم [1] ويوافقهم الشيعة الجعفرية [2] في قصره على هذين اللفظين .

والحنفية صححوا استعمال هذه الألفاظ مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك ، لأن هـــذه

---

(١) وفي هذا يقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ٢ ص ٧٧ « ولا يتعين للعقود لفظ إلا النكاح فانه يتعين له لفظ التزوج أو الانكاح لأن جميع الألفاظ لا تستقل بالدلالة على مقاصد الزواج ، فان لفظ البيع والهبة يدل على نقل الملك في الرقبة ثم المنافع والثمار بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها ، ولفظ الأجارة يدل على تمليك المنفعة المقدرة ، والنكاح مؤجل بموت أقصر الزوجين عمراً وبالعمرين إن مات الزوجان معاً ، وجميع ألفاظ العقود لا تدل على خصائص النكاح وان قوي جميع ذلك لم يصح لأن الشهادة شرط في صحة النكاح ولا اطلاع للشهود على النيات » .

(٢) ففي المختصر النافع ص ١٩٣ ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة زوجتك وانكحتك ومتعتك وجاء في هامش هذه الصفحة وفي تذكرة الفقهاء : لا ينعقد الدائم بلفظ المتعة عند أكثر علمائنا . وقال بعضهم ينعقد والأول أقوى ، وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ .

الألفاظ تفيد تمليك العين في الحال ولا تقبل التوقيت ، فإذا قالت المرأة للرجل : وهبت لك نفسي بمهر كذا أو ملكت نفسي أو جعلت لك نفسي بمهر قدره كذا أو قال وليها ذلك وقبل الرجل ينعقد الزواج ، لأن القرينة تعين المراد منها ، وأنه لا يقصد بها حقيقتها ، بل يقصد بها الزواج ، وأي شخص يفهم منها الزواج إذا ذكر المهر مع حضور الناس الحفل المعد للزواج .

أما دعوى أن النصوص الشرعية لم تذكر في معرض تشريعه إلا لفظي النكاح والزواج فغير مسلمة ، لأن القرآن ذكر لفظ الهبة أيضاً في مقام تشريعه في قوله سبحانه : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » الأحزاب / ٥٠ / ودعوى الخصوصية بالنبي غير مسلمة ، لأن الخصوصية الثابتة له في هذا هي الزواج بدون مهر لا في خصوص لفظ الهبة ، لأن الله قد قال بعد ذلك : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم لكي لا يكون عليك حرج » ونفى الحرج عن رسول الله لا يكون في اختصاصه بعقد الزواج بلفظ خاص . وهو أفصح الخلق على الأطلاق ، وإنما يكون في تزويجه بدون مهر وصدر الآية يقول : « يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن ... » إلى أن قال : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » وهذا يفيد بمجموعه ، أنا احللنا لك الزواج بمهر وبغير مهر لكي لا يكون عليك حرج .

وقد وردت السنة بلفظ التمليك في قصة المرأة التي جاءت تعرض نفسها على النبي فأعرض عنها إلى أن قال أحد أصحابه . يا رسول الله إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها فسأله عن مهر يعطيه لها واعتذر بأنه لا يجد شيئاً . وفي النهاية قال له الرسول : « قد ملكتكها بما معك من القرآن »[1] .

وإذا ورد النص بهذين اللفظين فيكون ما يفيد معناهما مثلهما فلا وجه لمنع

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٤٥ ، وفي الحديث روايتان أحداهما : قد زوجتكها والأخرى قد ملكتكها وكلاهما متفق عليهما كما يقول صاحب المنتقى .

الزواج بهذه الألفاظ . والمالكية توسطوا بين المذهبين فأجازوا التزويج بلفظ الهبة إذ ذكر معها الصداق. كأن يقول طالب الزواج : هب لي ابنتك بمهر كذا، أو يقول ولي المرأة وهبت لك ابنتي بمهر كذا ، ويقول الآخر قبلت .

قد يقال : إن الحديث روى برواية أخرى بلفظ زوجتكها فتكون تلك الرواية بالمعنى وهي لا تثبت مدعاكم .

والجواب : إن الراوي الذي رواها لو لم يكن يعلم أن لفظ « التمليك » ينعقد به النكاح شرعاً ما جاز له التعبير به عن التزويج والله أعلم .

ويرى بعض فقهاء المالكية أنه يصح بألفاظ أخرى من كل ما يدل على البقاء مدة الحياة كتصدقت ومنحت وبعت وملكت وأعطيت [1] .

ويلاحظ هنا أمران :

أولهما : أن هذا الخلاف السابق بين الفقهاء إنما هو في الإيجاب فقط ، وأما القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا من أي مادة كقبلت ورضيت ووافقت وأمضيت وغيرها باتفاق الحنفية والمالكية والحنابلة وأحد القولين عند الشافعية [2] . وثانيهما : أن العمل في جمهورية مصر العربية بمذهب الحنفية .

وفي لبنان يجري العمل بمقتضى قانون حقوق العائلة وهو ينص في المادة (٣٦) على أن الإيجاب والقبول في النكاح يكون بالألفاظ الصريحة كأنكحت

---

(١) الفواكه الدواني شرح رسالة بن أبي زيد جـ ٢ ص ١٥٢ . وعبارته « والصيغة هي كل ما يدل على الرضا من الزوج والولي أو من وكيلها كأنكحت وزوجت أو وهبت وتصدقت أو منحت أو اعطيت مع ذكر الصداق . وفي الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٢١ يصرح بأن لفظ الهبة متفق عليه ، وأما غيرها مما يدل على البقاء مدة الحياة ففيه تردد . وفي حاشية الدسوقي قسم الألفاظ أربعة . ما ينعقد به ولو لم يسم صداقاً زوجت وانكحت، وما ينعقد مع ذكر الصداق كوهبت ، ومـــا فيه تردد وان ذكر الصداق كبعت وملكت ومنحت، وما لا يعقد به مطلقاً لاتفاق كأبحت وأعرت ونحوهما .

(٢) والقول الآخر لا بد ان يقول قبلت الزواج نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢١٧

وزوجت ، وظاهر أنه يطبق بالنسبة للمسلمين جميعاً سنيين وجعفرين ، لأنه لا يخالف مذهب الجعفرية . وقد مر آنفاً أنهم يوافقون في قصر انعقاد الزواج على لفظي الزواج والنكاح .

هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية ؟

جمهور الفقهاء على أنه ليس بشرط فينعقد بهذه الألفاظ بأي لغة كانت عربية أو غير عربية سواء كان العاقدان قادرين على العربية أو عاجزين عنها ، لأن المقصود هو التعبير الواضح عن إرادة العاقدين . وهو يصح بأي لغة وفي رأي للشافعية [1] أنه شرط فلا يجوز للقادر على العربية أن يعقده بغيرها ، ويوافقهم الجعفرية في المشهور عندهم [2] . لأن الزواج فيه ناحية تعبد فأشبه الصلاة فكما أنها لا تصح بغير العربية للقادر عليها فكذلك الزواج ، ولأنه لم يشرع إلا بلفظين ورد بهما القرآن فترك العربية إلى غيرها ترك المشروع إلى غيره فلا يصح ، أما العاجز عنها فقد قام العذر في جانبه وصار كالأخرس .

وإذا كان أحد العاقدين يحسن العربية والآخر لا يحسنها . فمن جوز للقادر على العربية التعبير بغيرها يجوز هنا لهما التعبير بغير العربية ، ومن منع يقول :

---

(١) وللشافعية رأي ثالث لا يصح بغير العربية حتى من العاجز عنها بل عليه ان يصبر عن العقد حتى يتعلم العربية أو يوكل غيره ليعقده بالعربية المرجع السابق ص ٢١٦ .

(٢) المختصر النافع ص ١٩٣ ولا تجزيء الترجمة مع القدرة على النطق وتجزيء مع العذر كالأعجم . ومثل ذلك في شرائع الاسلام جـ ٢ ص ٨ ، وقال : ولو عجز أحد المتعاقدين تكلم كل واحد منهما بما يحسنه . وفي وسيلة النجاة لأبي الحسن الأصفهاني ص ٣٠٥ ، والاحوط لزوماً كونه فيهما باللفظ العربي فلا يجزيء غيره من سائر اللغات إلا مع العجز عنه ولو بتوكيل الغير وعند ذلك لا بأس بإيقاعه بغيره لكن بعبارة يكون مفادها مفاد اللفظ العربي بحيث يعد ترجمة له

إن من يحسن العربية يعبر بها لقدرته عليها ومن لا يحسنها يعبر بلغته لقيام العذر في جانبه فسقط عنه كالأخرس .

ثم يشترك في الشهود عند ذلك معرفة لغتيهما ، فان كان كل منهما يجهل لغة الآخر ترجم بينهما مترجم يعرف لغتهما .

وبعد ذلك لا يشترط في اللغة التي ينعقد بها الزواج أن تكون هي الفصحى ، بل يصح بها وبغيرها كالعامية فيصح أن يقول جوزني وجوزتك بدل زوجني وزوجتك .

وأما الثانية وهي الصيغة والهيئة : فالأصل في العقود أن تكون بلفظين ماضيين ، لأن المقصود بالعقود إنشاء معنى في الحال لم يكن موجوداً من قبل ، وهذا لم يوضع له في اللغة ألفاظ خاصة ، ولكنهم استعملوا صيغة الماضي لأنها المعبرة عن حصول رضا الطرفين وتوافق إرادتهما قطعاً ، أما المضارع والأمر فانهما لا يدلان على ذلك قطعاً ، لأن المضارع موضوع للأخبار عن حصول الفعل في الحال أو الاستقبال ، والأمر موضوع لطلب تحصيل الفعل في المستقبل ، فاحتمال المساومة والعدة موجود فيهما . ولما كان عقد الزواج لا يحتمل المساومة أو العدة لأنه تسبقه عادة مقدمات كالخطبة وغيرها من إرسال الهدايا ودفع المهر أو جزء منه صح أن يستعمل في إنشائه لفظ المضارع أو الأمر استثناء من قاعدة إنشاء العقود .

لذلك قرر فقهاء الحنفية أن عقد الزواج يكون بلفظين ماضين أو بلفظين أحدهما ماض والآخر للحال أو الاستقبال، لأن القرينة السابقة مانعة من احتمال معنى آخر غير إنشاء العقد .

على أن إحضار الشهود وإعداد الحفل ودعوة الناس غالباً قرينة أخرى تؤكد إرادة إنشاء العقد بقوله زوجني نفسك أو أتزوجك .

فلو قال الرجل لولي المرأة : تزوجني ابنتك بصيغة المضارع فقال له

زوجتكها تم العقد دون حاجة إلى عبارة أخرى ، وكذلك لو قال بصيغة الأمر كزوجني أختك إذا قصد بها إنشاء العقد لا مجرد طلب الوعد أو تعرف رغبته [1] ومثل ذلك لو كان البادىء المرأة أو وليها .

والجعفرية يوافقون الحنفية في هذا في جملته .

جاء في المختصر النافع [2] « وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي. الأحوط نعم ، لأنه صريح في الإنشاء ، ولو أتى بلفظ الأمر كقوله : زوجنيها فقال زوجتك قيل يصح ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله: أتزوجك قيل يجوز » .

المبحث الثاني

في انعقاد الزواج بغير الكلام

إذا كان العاقدان في مجلس واحد وكانا قادرين على الكلام فلا ينعقد الزواج بينهما إلا به ، فلا ينعقد بالكتابة ، لأنه يشترط في صحته حضور الشهود وسماعها كلام العاقدين عند جماهير الفقهاء ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سراً ، والرسول ﷺ يأمر باعلانه « أعلنوا هذا النكاح » .

وإذا لم ينعقد بالكتابة فأولى ألا ينعقد في هذه الحالة بالإشارة لأنها أضعف في بيانها من الكتابة .

---

(١) أما إذا قصد بها مجرد تعرف الرغبة أو طلب الوعد فلا ينعقد بها العقد لأن اللفظ ذاته محتمل . ولذلك قالوا : لو قال اتزوجك فقالت زوجت فأنه يصح لأنه لا يحتمل طلب الوعد لأن الشخص لا يطلب من نفسه الوعد . راجع رد المحتار لابن عابدين جـ ٢ ص ٣٦٣ .

(٢) ص ١٩٣

وأما العاجز عن الكلام كالأخرس . فإن كان لا يحسن الكتابة ينعقد بإشارته المعروفة بالاتفاق بين الفقهاء ، لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ، ولا يزوجه وليه إن كان بالغاً ، لأن الخرس كالصمم لا يوجب الحجر عليه . وإذا كان يحسن الكتابة فهل يصح عقده .

في مذهب الحنفية روايتان . إحداهما : أنه ينعقد ، لأن الأصل في العقد أن يكون بالكلام ، فإذا عجز عنه طلب معرفة غرضه بأي وسيلة . ويستوى في ذلك الإشارة والكتابة لأنها يدلان على مراده .

وثانيها : أنه لا ينعقد بالإشارة ، بل لا بد من الكتابة ، لأنها أقوى بياناً من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة فانه لا يعرفها إلا القليل ، وإذا لم يتساويا اعتبر الأقوى .

والعمل في جمهورية مصر العربية على الرواية الثانية حيث نصت المادة ـ ١٢٨ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن « إقرار الأخرس بإشارته المعهودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » .

والشيعة الجعفرية يذهبون في المشهور عندهم إلى أنه لا ينعقد الزواج بالكتابة ـ وإن لم يشترطوا فيه الشهادة ـ معللين ذلك بأن الكتابة كناية والزواج لا ينعقد بالكنايات .

وأن الأخرس القادر على التوكيل يكتفي منه بالإشارة إذا لم يحسن الكتابة وان أحسنها فالأولى أن يجمع بينها وبين الإشارة المفهمة [1] . فهو لا يختلف عن مذهب الحنفية فى ذلك كثيراً .

---

(١) راجع فقه الأمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية جـ ٥ ص ١٧٩ ، وفي وسيلة النجاه للأصفهاني ص ٣٠٥ النكاح على قسمين دائم ومنقطع وكل منهما يحتاج إلى عقد مشتمل على إيجاب وقبول بلفظين دالين على إنشاء المعنى المقصود والرضا به دلالة معتبرة عند أهل المحاورة . فلا يكفي الرضا القلبي عند الطرفين ولا المعاطاة الجارية في غالب المعاملات ولا الكتابة وكذا الإشارة المفهمة في غير الأخرس .

وإذا لم يكن الطرفان في مكان واحد جاز أن يكون أحد شطري العقد بالكتابة وهو الإيجاب . كأن يكتب مريد الزواج إلى الطرف الآخر كتاباً يتضمن عبارة الإيجاب . مثل زوجيني نفسك أو تزوجتك ، فاذا وصل الكتاب إليها قرأت الكتاب أمام شاهدين أو أخبرتهما بمضمونه . كأن تقول « إن فلاناً أرسل إلي يطلب الزواج مني وأنا أشهد كما أنني قبلت زواجه فإذا سمع الشاهدان الإيجاب والقبول تم العقد ، ولو سمعا قبولها فقط دون الأيجاب لا يصح العقد ، لأن الشرط السماع للأيجاب والقبول [1] .

ومثل الكتابة في هذا إرسال الرسول الذي يبلغ إيجاب الموجب ، فلو أرسل شخص رسولاً لامرأة ليبلغها أنه يقول لها : تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول : قبلت زواجه أو زوجته نفسي تم العقد إذا كان أمام شاهدين سمعا كلام الرسول بالأيجاب وقبولها في مجلس تبليغ الرسالة .

هذا ولا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا ينعقد بالأفعال . كأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلا فيدفعها إليها الرجل من غير أن يتكلم أو قام وسلم عليها مغتبطاًبها قالته لم ينعقد العقد حتى ولو كان أمام شهود ، لأن الإسلام رسم له طريقة يعقد بها ليست هذه منها .

ولأن الناس كانوا يتزوجون في عهد رسول الله وفي عهد أصحابه بل وفي جميع العصور ولم يؤثر عنهم أنهم عقدوا الزواج بهذه الصورة . بخلاف العقود الأخرى فان الكثير منها كانوا يعقدونه بالأفعال « التعاطي » فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده .

وأما الاقرار بالزواج . كأن يقول الرجل هي امرأتي . فيحكي فيه مذهب الحنفية رأيان . أحدهما : أنه لا ينعقد الزواج به ، لأن الأقرار إظهار لما هو

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٢ ص ٣٥٠ والأنصاف للحنابلة جـ ٢ ص ٥ .

ثابت وليس بأنشاء . وهذا لا يتنافى مع ما صرحوا به من أن النكاح يثبت بالتصادق ، لأن الاقرار لا يكون من صيغ العقد ، والمراد بقولهم إنه يثبت بالتصادق أن القاضي يثبت الزواج بالتصادق ويحكم به .

والرأي الآخر : أنه ينعقد به إن كان بمحضر من الشهود ويجعل الأقرار إنشاء . كما لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فانه ينعقد به ، وان لم يكن بمحضر من الشهود لا ينعقد [1] .

والحق إنه تفصيل في المذهب فان الأول محمول على ما إذا قصدا مجرد الأخبار عن حصول عقد الزوجية بينهما في الماضي ولم يكن بينهما عقد أو كان العقد بغير شهود ، والثاني على ما إذا قصدا بالأخبار إنشاء العقد فينعقد في الحال .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الزواج لا ينعقد بواسطة المسرة « الهاتف» لأنه يشترط لصحته حضور شاهدين يسمعان كلام العاقدين ويفهمان المراد منه إجمالا عند جماهير الفقهاء .

وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب لأن السماع ممكن فيها .

أما في التكلم في الهاتف فان الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط وسماعهما الأيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد ، وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر لأن الشهادة لم توجد على العقد [2] . وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينعقد متى تأكد

---

(١) راجع الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٣٣ : وبغير الكتاب والرسالة لا ينعقد الزواج بين غائبين فلو قالت امرأة أمام شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه الخبر فقال قبلت =

كل من الطرفين من شخصية الآخر ووضوح عبارته والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها .

المبحث الثالث

في انعقاد الزواج بعبارة واحدة

هل يكفي في عقد الزواج عبارة واحدة من شخص واحد تقوم مقام الإيجاب والقبول من طرفيه ؟

اتفق الفقهاء على أن الأصل في العقود ذات الطرفين هو تلاقي إرادتين من شخصين يدل عليهما عبارتان هما الإيجاب والقبول ، وأن النتائج المترتبة على كل عقد منها مختلفة بالنسبة لكل من طرفيه ، فهذا يملك وذاك متملك ، وهذا مطالب بتسليم شيء وذاك مطالب به ، وهذا ملزم بشيء وذاك ملتزم به .

ولكن الخلاف بينهم في كون هذا الأصل يسري على كل العقود حتى عقد الزواج أم هو مستثنى منه ؟

فالشافعي يذهب إلى أن عقد الزواج لا يوجد بعبارة واحدة من شخص واحد ، لأن النتائج المترتبة عليه موزعة بين طرفيه ، فالزوجة تطالب بتسليم المهر ، والزوج مطالب به ، وهو يطالبها بالدخول ، وهي مطلوب منها ذلك . وهكذا ، ولا بد لهذه الحقوق المختلفة من طرفين ، لأن الشخص الواحد لا يجوز أن يكون مطالباً ومطالباً بشيء واحد .

= أو قال رجل بحضرة شاهدين تزوجت فلانة وهي غائبة فبلغها الخبر فقالت: زوجت نفسي منه لم يجز وان كان القبول بحضور ذلك الشاهدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب، لأن عقد الزواج يجوز أن يتولاه شخص واحد، ووجه قولهما أن أحدهما لا ولاية له فلا ينعقد العقد فالموجود شطر العقد لا كله .

ولأنه ورد في الزواج حديث يقول : « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل » .

ولكنه استثنى صورة واحدة جوز فيها انعقاد الزواج بعبارة واحدة، وهي ما إذا زوج الجد حفيديه أحدهما الآخر كأن يزوج بنت ابنه المتوفي لابن ابنه المتوفي كذلك إذا كان في زواجهما مصلحة . لأن ولاية الأجبار في الزواج عنده لا تثبت إلا للأب والجد ، فلضرورة وجود ولي واحد للصغيرين وعدم صحة توكيل كل منهما لغيره صح هذا العقد . وقد وافقه زفر من الحنفية في أن الزواج لا ينعقد بعبارة واحدة عملا بالقياس ، وهو الأصل العام في العقود . وأبو حنيفة وصاحباه يذهبون إلى أن عقد الزواج مستثنى من الأصل السابق ، فيصح فيه أن يتولاه شخص واحد بعبارة واحدة ، لأنه ورد فيه بخصوصه ما يدل على ذلك ، ويوافقهم الحنابلة على ذلك .

فقد روي أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم » فزوج أحدهما صاحبه .

وروي البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلي ، قالت : نعم ، قال : قد تزوجتك . فقد تم الزواج في الحديث الأول بعبارة واحدة من رسول الله بوكالة من الزوجين .

وفي الأثر بعبارة من شخص له صفتان شرعيتان . أصالة عن نفسه ووكالة عن المرأة .

وصحة هاتين الصورتين تقوم على وجود الصفة الشرعية للعاقد التي تجيز له تولي العقد ، فيثبت الحكم لسائر الصور التي تتوفر فيها الصفة الشرعية .

ولهذا شرط أبو حنيفة ومحمد في صحة هذا العقد أن يكون للعاقد صفة

شرعية بالنسبة لطرفي العقد تجيز له إنشاء العقد . سواء كانت متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما أو مختلفة . كالأصالة من جانب والولاية من الآخر أو الأصالة من جانب والوكالة من الآخر ، أو الوكالة من جانب والولاية من الآخر .

فاذا زوج الشخص ابنه الصغير بنت أخيه المتوفي إذا كانت في ولايته ، أو زوج امرأة لرجل قد وكله كل منهما في تزويجه ، أو زوج الرجل نفسه من بنت عمه التي في ولايته ، أو زوج الرجل نفسه امرأة وكلته في تزويجها منه . أو وكله رجل آخر في أن يزوجه ابنته ففعل .

فهذه خمس صور يصح فيها العقد لوجود الصفة الشرعية . وهي إما الأصالة في تزويج نفسه أو الولاية على الغير أو التوكيل من الغير .

ثم قالوا : إن المحظور السابق لا يوجد في عقد الزواج ، لأن أحكام العقد ترجع إلى الزوج والزوجة ، ومتولي العقد ما هو إلا سفير ومعبر عنهما ، فعبارته قائمة مقام العبارتين ومعبرة عن إرادتين فتكون إيجاباً بالنسبة لأحدهما وقبولا بالنسبة للآخر .

وبعد ذلك قالوا : إن الحديث الذي استدل به الشافعي ومن وافقه ضعيف ، لأنه نقل بسندين في أحدهما راو ضعيف وفي الآخر راو قال عنه البخاري : إنه منكر الحديث فلا يصح للاستدلال به .

وأما ما عدا تلك الصور ففيها الخلاف في المذهب الحنفي . وهي ما إذا لم تكن له صفة أصلا بالنسبة للطرفين ، أو كانت له صفة بالنسبة لأحدهما دون الآخر ، وهي مسألة تزويج الفضولي . فأبو يوسف يصحح العقد ويجعله موقوفاً

بالنسبة لجانب الفضولي ، وأبو حنيفة ومحمد ذهبا إلى عدم صحته [1] .

وفي المذهب الجعفري روايتان إحداهما عدم الجواز وثانيتهما الجواز وهي الراجحة عندهم ، لأنها مروية عن كبار فقهائهم غير أن العاقد الواحد يأتي بعبارتين تفيد أن الإيجاب من طرف والقبول من الآخر [2] .

---

(١) وجه الفرق عندهما (أبي حنيفة ومحمد) أنه عند وجود الصفة الشرعية للعاقد تكون قرينة على أنه قائم مقام الأصيل ومعبر عنه فتعتبر عبارته ، أما عند انعدام الصفة فلا توجد قرينة تدل على أنه قائم مقامه ومعبر عنه فتكون عبارته ملغاة .

(٢) فقه الامام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٨٥ .

الفصل الثاني

في شروط عقد الزواج

وفيه مباحث

تمهيد: يشترط في هذا العقد أنواع من الشروط. فشروط لانعقاده، وأخرى لصحته، وثالثة لنفاذه، ورابعة للزومه، وهذه أمور مرتبة في كل عقد. فالمنعقد هو الذي ارتبط فيه الإيجاب بالقبول، وهذا الارتباط يسمى انعقاداً والصحيح هو المعتبر في نظر الشارع بأن يكون صالحاً لترتب الآثار عليه، والنافذ هو الذي تترتب عليه آثاره في الحال، واللازم هو الذي لا يكون لأحد العاقدين أو غيرهما الخيار في فسخه بعد تمامه.

فالانعقاد هو الأساس، فإذا وجد يأتي دور الصحة، فإذا توفرت يبحث هل هو نافذ أو لا، فإذا ثبت النفاذ يبحث فيه هل هو لازم أو لا ؟

فتلك مراتب أربع يتوقف وجود كل واحدة منها على توافر أمور تسمى في الاصطلاح بالشروط متى وجدت تحققت، وإذا انتفت أو واحد منها انعدمت. فشروط الانعقاد هي التي يتوقف عليها سلامة الأمور الأساسية في العقد. وهي العاقدان والصيغة والمحل. فاذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها لحق العقد خلل في أساسه، ويعبر عن هذا الخلل بالبطلان، ويسمى العقد حينئذ باطلاً.

وشروط الصحة هي التي يتوقف عليها صلاحية العقد لترتيب الآثار الشرعية

عليه ، فاذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها كان العقد غير صالح لترتب تلك الآثار عليه . ويعبر عن هذا الخلل بالفساد . ويسمى ذلك العقد فاسداً .

وشروط النفاذ هي التي يتوقف عليها ترتب الآثار على العقد بالفعل. وتخلف هذه الشروط يجعل العقد موقوفاً .

وشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها بقاء العقد مرتباً عليه آثاره ، فلا يكون لأحد الخيار في فسخه ورفعه من أساسه .

وقبل تفصيل الكلام على هذه الشروط نقول إن تنوع الشروط إلى الأنواع الأربعة السابقة إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج فجعلوا للانعقاد شروطاً يترتب على تخلفها البطلان ، وجعلوا للصحة شروطاً يترتب على تخلفها الفساد .

أما الذين لم يفرقوا بينهما وجعلوا غير الصحيح نوعاً واحداً يسمى بالباطل أو الفاسد فليس عندهم شروط للانعقاد وأخرى للصحة بل كلها شروط للصحة فأنواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة .

ونحن إذا نظرنا لعقد الزواج غير الصحيح في المذهب الحنفي عامة وجدنا بعض صوره تختلف عن بعضها الآخر في ترتب بعض آثار الزواج عليها .

فمن صوره ما لا يترتب عليه أي أثر منها فلا يجب به مهر ولا عدة ولا يثبت به نسب . كزواج الأخت والبنت وغيرهما من المحرمات المتفق على تحريمها .

ومنها ما يترتب عليه بعض الآثار كوجوب المهر والعدة بعد المتاركة أو التفريق وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج كتزوج أخت امرأته التي طلقها بائناً أثناء العدة ، والزواج بغير شهود مما اختلف فيه الفقهاء .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التفريق بين النوعين واختصاص كل منهما باسم خاص فنسمي النوع الذي لا يترتب عليه أي أثر بالباطل ، وما يترتب على الدخول فيه بعض آثاره نسميه بالفاسد على ما جرى عليه المحققون من فقهاء الحنفية . وسيأتي لذلك مزيد بحث عند الكلام على حكم الزواج وأنواعه إن شاء الله .

المبحث الأول

في شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد الزواج شروط . منها ما يرجع إلى العاقد ، ومنها ما يرجع إلى الصيغة ، ومنها ما يرجع إلى محل العقد .

فأما ما يرجع إلى العاقد فشرطان :

أولهما : أن يكون كل من العاقدين أهلا لمباشرة العقد بأن يكون مميزاً . سواء كان كامل الأهلية كالبالغ الرشيد أو ناقصها كالصبي المميز [1] غير أن كامل الأهلية عقده نافذ ، وناقصها عقده موقوف .

فان كان أحد العاقدين فاقد التمييز كالمجنون والصبي غير المميز فلا ينعقد الزواج ، لأن فاقد التمييز لا إرادة له ، ومتى انعدمت الإرادة انعدم العقد .

وثانيهما : أن يعلم كل من العاقدين ما صدر من الآخر . بأن يسمع كلامه أو يرى إشارته ويعرف مراده منها . بأن يعرف أن هذه العبارة أو تلك الإشارة يقصد بها إنشاء العقد وان لم يعرف معاني الكلمات اللغوية .

---

(١) هذا عند الحنفية ومن وافقهم ، وأما الشافعية فيشترطون كمال الأهلية بالبلوغ من العقل ، فلا يصح أن يتولى العقد الصغير المميز عندهم لكن الحنفية يجعلون البلوغ شرطاً للنفاذ كما يقول صاحب البدائع جـ ٢ ص ٢٣٢ .

فلو لقنت امرأة غير عربية لفظ زوجتك نفسي فقالتها للرجل الذي يطلب زواجها وهي تعرف أن هذه الكلمة تقال لإنشاء عقد زواج انعقد العقد وان لم تكن تعرف معناها اللغوي .

وأما ما يرجع إلى الصيغة « الإيجاب والقبول » .

فأولا : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . ومعنى الاتحاد هنا ألا يصدر من العاقدين أو أحدهما ما يلغي الإيجاب بعد صدوره. كأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول ، أو يعرض الطرف الآخر فلا يجد ذلك القبول إيجاباً يرتبط به . فلا ينعقد العقد ، لأن المكان وان كان واحداً إلا أن وجود الفاصل بين الإيجاب والقبول بالعمل الأجنبي منع الاتحاد حكماً [١] .

هذا ومجلس عقد الزواج بالنسبة للتعاقد بطريق الرسالة أو الكتاب هومجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب أمام الشهود ، فلو بلغ الرسول الرسالة إلى المرأة ثم اشتغلت بشيء آخر ثم قبلت فلا ينعقد العقد ، وكذلك لو قبلت في مجلس آخر لعدم اتحاد المجلس فيهما .

وليلاحظ هنا أن الفاصل بين ما يعد إعراضاً عن الإيجاب فيلغيه وما لا يعد إعراضاً فلا يلغيه هو العرف حسب كل عقد ، فما يعد في العرف إعراضاً يمنع انعقاد العقد ، وما لا يعد إعراضاً لا يمنع من الانعقاد .

---

(١) يرى بعض فقهاء الحنفية أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ، وعلى هذا قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين أو راكبين لشيء يستطيعان إيقافه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان فكان مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما، وأما إذا كانا يركبان شيئاً لا يملكان إيقافه كالسفينة مثلا فانه يعتبر المجلس واحداً . راجع البدائع وفتح القدير والبحر الرائق وتبيين الحقائق باب البيع .

ولعل ما قاله الفقهاء في تمثيلهم لما يغير المجلس ومـا لا يغيره كان مبنيا على عرف زمانهم حيث لا نص يحدد ذلك .

وإذا لم يوجد نص يكون المرجع إلى العرف .

والشيعة الجعفرية في المشهور عندهم اشتراط اتحاد المجلس في عقد الزواج وان كان بعضهم يرى عدم كونه شرطاً، يقول صاحب الجواهر : لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس في عقد الزواج ولا في غيره من العقود وان كان المشهور في المذهب كونه شرطاً [1] .

ولا يلزم من اشتراط اتحاد المجلس أن يكون القبول فور الإيجاب ، لأن المراد كما قلنا . ألا يوجد منهما أو من أحدهما ما يلغيه، فلو صدر الإيجاب وطال الوقت والمجلس قائم ولم يوجد رجوع من الموجب ولا اشتغال بشيء آخر ممـن وجه إليه الإيجاب ثم صدر القبول انعقد العقد .

هذا إذا كان العقـــد بين حاضرين ، فان كان بين غير حاضرين بكتاب مكتوب أو برسالة رسول فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو قراءةالكتاب لأنه هو مجلس العقد في هذه الصورة كما قلنا .

ثانيا : أن يوافق القبول الإيجاب حتى يتلاقيا على شيء واحد ، ويتحقق اتفاق الإرادتين ، فاذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج إلا في حالة ما إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فانه ينعقد ، لأن التوافق موجود وان لم يكن صريحاً ، وتفصيل ذلك :

أن المخالفة إما أن تكون في محل العقد أو في مقدار المهر .

فاذا كانت في المحل . مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني ابنتك

---

(١) فقه الإمام جعفر لمحمد جواد مغنية جـ ٥ ص ١٨٠ .

عائشة فيرد عليه بقوله: زوجتك ابنتي فاطمة، وفي هذه الصورة لا ينعقد العقد.

وان كانت في مقدار المهر بأن يقبل بأقل أو أكثر مما أوجبه الموجب فلا يخلو. إما أن تكون المخالفة فيها خير للموجب أو ليس فيها ذلك.

فان كانت ضارة مثل أن يقول الراغب في الزواج: زوجني ابنتك فلانة بمائة فيقول الآخر: زوجتكها بمائتين.

وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد، لأن الايجاب والقبول تخالفا في المهر، وهو وان لم يكن ركناً في العقد إلا أنه عند ذكره بمقداره مع الإيجاب يلتحق به ويصير كجزء منه فيجب أن يكون القبول موافقاً لهذا المجموع [1].

وان كانت المخالفة فيها خير للموجب مثل أن يقول الراغب في الزواج: زوجني أختك فلانة بألف ليرة، فيقول الآخر: زوجتكها بخمسمائة، أو يقول ولي المرأة: زوجتك أختي بألف ليرة، فيقول الآخر قبلت زواجها بألفين.

ففي هذه الحالة ينعقد العقد، لأن المخالفة هنا فيها موافقة ضمنية لإيجاب الموجب، والإرادتان متوافقتان، فان من يلزم نفسه بالأكثر يقبل بالأقل، ومن يقبل أن يزوج بنته أو أخته بالقليل لا يمانع في زواجها بالكثير.

غاية الأمر أن الزيادة في المهر من قبل الزوج لا تستحقها الزوجة إلا إذا قبلتها، فلو لم تقبلها صراحة في المجلس لا يجوز لها بعد ذلك أن تطالب بها، لأن التمليك لا يكون بدون قبول إلا في الميراث بجعل الشارع، أما النقصان من جانب الزوجة فلا يشترط فيه قبول الزوج، لأنه إسقاط وحط عنه وهو لا يحتاج الى قبول.

---

(١) أما إذا لم يذكر مقدار المهر في العقد فان المتعاقدين يكونان راضيين بمهر مثل الزوجة فيكون هو الواجب، وكذلك لو نفياه في العقد يتم العقد ويجب مهر المثل إلا إذا اتفقا بعدالعقد على مهر معين، لأن المهر واجب في الزواج بايجاب الشارع فلا يستطيع أحد إخلاء العقد منه.

وثالثا : أن تكون الصيغة منجزة . بأن تكون مفيدة لمعناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل .

أو مضافة إلى زمن مستقبل . كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك فتقول قبلت لا خلاف بين الفقهاء في ذلك . فان علقه كأن يقول : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت ، أو قال لها : تزوجتك في أول العام القادم وتقول قبلت فلا ينعقد العقد . لأن الزواج من التمليكات وهي لا تقبل التعليق ولا الاضافة ، لأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجه عما وضعه الشارع له ويجعله محلا للمقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها . وإضافته تعطيل لعمله في فترة الزمن ما بين صدور الصيغة إلى مجيء الوقت المضاف إليه .

فكان كل منهما منافياً لوضعه الشرعي فيبطل العقد معهما . وسيأتي لذلك مزيد تفصيل عند الكلام على أقسام العقد باعتبار التقييد والإطلاق إن شاء الله .

أما ما يرجع إلى المحل وهو المرأة المعقود عليها فيشترط فيها .

أولا : أن تكون أنثى محققة الأنوثة ، فلو عقد على غير الأنثى كالخنثى المشكل لا ينعقد العقد لعدم المحلية ويكون باطلاً ، فان زال الإشكال بأن غلبت فيه علامات النساء جاز العقد .

ثانيا : ألا تكون المرأة محرمة عليه تحريماً قطعياً لا شبهة فيه [1] .

---

(١) المرأة بالنسبة للتزوج بها ثلاثة أنواع : نوع متفق على تحريمها فيه لأنه ثابت بدليل قطعي لا شبهة فيه سواء كان تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً . ونوع مختلف في تحريمها لكون دليل التحريم ظنياً أو كان تحريمها مما يخفى على المرء للاشتباه فيه . ونوع متفق على حلها فيه وهو من عدا ذلك .

لا يختلف في حرمتها سواء كان التحريم مؤبداً كالأم والبنت والاخت وباقي المحرمات ، أو مؤقتاً كزوجة الغير والمسلمة بالنسبة لغير المسلم ، والوثنية بالنسبة للمسلم وهو ما يعبر عنه بكون المرأة محلا أصلياً للزواج .

فإن عقد على واحدة من هؤلاء كان العقد باطلا ، لأن هذه المرأة ليست محلا أصلا للزواج فيكون العقد خالياً من المحل والعقد لا يوجد بدون محله [1]

المبحث الثاني

في شروط الصحة

معنى صحة الزواج أن يكون العقد صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه . ولكي يكون الزواج صحيحاً بعد انعقاده لا بد أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولا : ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد التزوج بها تحريماً ظنياً بأن كانت حرمتها ثابتة بدليل ظني أو مما يخفى تحريمها للاشتباه في أمره . كتزوج المرأة على عمتها أو خالتها فإنه ثابت بدليل ظني ، وتزوج المعتدة من طلاق بائن ، وتزوج أخت زوجته التي طلقها في أثناء عدتها لخفاء كل منها والاشتباه فيه .

فهذا الزواج يكون منعقداً ، لأن المرأة محل للزواج في الجملة حيث يرى بعض الفقهاء صحته لكنه يكون فاسداً لعدم صلاحيته في ذاته لترتب الآثار عليه ، وما يترتب عليه من بعض الآثار جاء نتيجة الدخول بتلك المرأة بعد العقد . فان وقع هذا العقد وجب التفريق بينهما إن لم يفترقـــ

---

(١) لأن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله . وتزوج المحرمة قطعياً ليس فيه ارتباط على وجه مشروع ولا يظهر له أثر في محل العقد .

باختيارهما ، ولا يجب به شيء إن وقع التفريق قبل الدخول، فان أعقبه دخول ترتيب عليه بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج . وبهذا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف حكمه باختلاف نوع التحريم . فإن كان قطعياً متفقاً عليه جعل العقد باطلا ، وكان انتفاء هـــذه الحرمة شرطاً لانعقاد العقد .

وإن كان ظنياً أو مختلفاً فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاتـــه لترتب الآثار عليه ، فان أعقبه دخول ترتب على هذا الدخول بعض آثار الزواج لوجود العقد صورة . وكان انتفاء هذه الحرمة شرطاً لصحة العقد بحيث إذا تخلف هذا الشرط كان العقد فاسداً .

وهذه التفرقة مبنية على التفرقة بين الباطل والفاسد في الزواج كما يرى أهل التحقيق من فقهاء الحنفية . وهي التي تتفق مع اختلاف صور الزواج غـــير الصحيح كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

وأما من لا يفرق بين الزواج الباطل والفاسد فقد سوى بين المحرمات كلها وجعل انتفاء المحرمية شرطاً لصحة العقد سواء كانت قطعية أو ظنية مختلفاً فيها أو مما يخفى أمرها للاشتباه فيها .

ورأي هؤلاء يضطرب عند الفصل بين صور الزواج غير الصحيح الذي لا يترتب عليه أي أثر والذي يترتب عليه بعض الآثار حيث لا يوجد عندهم فاصل يفصل بين النوعين .

فالمنطق السليم يقضي بالتفرقة بين باطل الزواج وفاسده ، ويجعل الباطل منه غير منعقد ، والفاسد منعقداً غير صحيح .

ثانياً : أن يتولى العقد ولي المرأة . وهذا عند من لا يصحح الزواج بعبارة النساء وهم جمهور الفقهاء .

أما عند من يصحح الزواج بعبارتها وهم الحنفية والجعفرية فلا يشترطون هذا الشرط ، لأن للمرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها عندهم .

أما غير البالغة الرشيدة كالصغيرة والمجنونة فلا بد من الولي عندهم لا لصحة العقد فقط بل لوجوده أيضاً ، لأن عبارتها ملغاة لا اعتبار لها . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ان شاء الله .

ثالثا : أن يكون العقد أمام شهود ، وهذا الشرط غير متفق عليه بين الفقهاء بل اختلفوا في أصل اشتراطه كما اختلف القائلون به فيما تصح به الشهادة .

فالكلام عليه في موضعين : الأول في أصل الاشتراط ، والثاني فيما يعتبر في الشهود عند الشارطين .

أما الأول فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة [1] ، والأوزاعي إلى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لا يعتبر صحيحاً بدونها ، لأنه وان وردت النصوص به مطلقة في القرآن إلا أن السنة قيدت هذا الأطلاق .

فقد روى الترمذي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة » [2] .

وروى الإمام أحمد عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال : « لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

---

(١) الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه أنه يشترط الشهادة لصحة العقد . وفي رواية أخرى أنه يصح بدون شهود . المغني جـ ٦ ص ٤٥٠ .

(٢) قال الكمال في فتح القدير جـ ٣ ص ٣٥١ : ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير ووقفه في الطلاق .

كما روى الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »[1] .

فهذه الروايات يقوى بعضها بعضاً وقد اشتهرت فتصلح لتخصيص العام في القرآن (فانكحوا ما طاب لكم) ، وتقييد المطلق فيه : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

وقد روى ذلك عن جمع من الصحابة منهم عمر وعلي وابن عباس وغيرهم[2] .

وقد روى مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : « هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت »[3] .

والشيعة الجعفرية لا يشترطون الشهادة في عقد الزواج فهو صحيح بدونها ، ولكنها أمر مستحب فقط كالأعلان .

جاء في تذكرة الفقهاء[4] « يستحب الأعلان والأظهار في النكاح الدائم والأشهاد وليس الأشهاد شرطاً في صحة العقد عند علمائنا أجمع » .

ويقول الحلي في شرائع الإسلام[5] لا يشترط في شيء من الأنكحة حضور شاهدين ، ولو أوقعه الزوجان سراً ولو تآمرا بالكتمان لا يبطل » .

وجهوا رأيهم : بأن الله لم يذكر الشهادة في النكاح وذكر الشهادة في البيع

---

(١) منتقى الأخبار جـ ٦ ص ١٠٧

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٩٥ .

(٣) الموطأ بشرح الباجي جـ ٣ ص ٣١٢ يريد أنه لو كان تقدم منه منع لمثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس لرجمت ولكني لم أرجم لجهل الناس به .

(٤) هامش ص ١٩٤ من المختصر النافع .

(٥) جـ ٢ ص ٨

والدين مع أن الشهادة في النكاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم والتوارث وغيره من توابع النكاح ، فلو كان الأشهاد فيه شرطاً لما أهمله الله تعالى في القرآن لأنه مناف للحكمة .

كما استدلوا بما روي عن الباقر والصادق رضي الله عنهما من أنهما صرحا بأن الزواج بغير شهود لا بأس به ، **وانما جعل الشهود من أجل المواريث والولد.**

وقد بينا أن القرآن وان ورد مطلقاً في تشريعه فقد قيدته السنة . ولعل الأحاديث السابقة لم تصح عندهم .

على أننا لو صححنا الزواج بدون شهود لاختلط الحلال بالحرام ، وكان ذلك ذريعة للمعاشرة المحرمة حيث لا يعجز الفاسق الذي يعاشر امرأة في حرام عن دعوى أنه تزوجها .

كما يفتح ذلك أبواب الريبة والظن السيء ، لأن الناس إذا وجدوا رجلا يتردد على امرأة تزوجها ولم يعلن زواجها ارتابوا في أمره وظنوا به الظنون .

وأيضاً فان الزواج تترتب عليه حقوق لكل من الزوجين قبل الآخر من وجوب الطاعة ولزوم النفقة وحقوق للأولاد كالنسب والنفقات وغيرها . وهذه الحقوق لا يمكن إثباتها إلا إذا كان الزواج معلناً مشهوراً بين الناس ليخرج عن حدود السرية التي هي سمة نقيضه وهو السفاح .

ومن هنا نرى الشرائع كلها متفقة على أعلانه وإشهاره وان اختلفت مسالكها في طرق الأعلان .

فالرسول يبين في غير حديث أن الشهادة أمر لا بد منه،بل يحث على إعلانه فيقول : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف » ويقول لعبد الرحمن بن عوف لما تزوج : « أو لم ولو بشاة » .

وبهذا يترجح رأي الشارطين للشهادة [1] ، غير أنهم مع اتفاقهم على أن الزواج بدون شهود غير صحيح اختلفوا في وقت الشهادة ، فالمالكية يذهبون إلى أنه لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وان كان ذلك مستحباً .

فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصياً ويفرق بينهما ، فالأشهاد شرط تمام كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد [2] ، أو كما يقول صاحب الفواكه الدواني في شرحه لرسالة ابن أبي زيد [3] ، « إن أصل الأشهاد واجب وأما حضورهما عند العقد فمستحب وأما عند الدخول فواجب .

وقد استدلوا على عدم لزوم الشهادة عند العقد بقصة زواج رسول الله صفية بنت حيى التي رواها البخاري عن أنس قال : أقام رسول الله بين خيبر والمدينة ثلاثا بنينا عليه بصفية ودعوت المسلمين الى وليمة ... فقال المسلمون إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه، فقالوا : إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، وان لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه . فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينها وبين الناس .

وجه الدلالة أن أصحاب رسول الله قالوا : إن حجبها فهي من أمهات

---

(١) والظاهرية لم يشترطوا خصوص الشهادة بل شرطوا أحد أمرين الشهادة أو الأعلان . يقول ابن حزم في المحلى جـ ٩ ص ٤٩٥ : ولا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين أو بإعلان عام .

(٢) جـ ٢ ص ١٥ وعبارته : اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر .

(٣) جـ ٢ ص ١٥١ وراجع أيضاً المنتقى للباجي شرح الموطأ جـ ٣ ص ٢ ٣ وما بعدها وفيه يقول : أما مقارنة الشهادة لعقد الزواج فلا خلاف أنه الأفضل . ويجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة ثم يقع الأشهاد بعد ذلك . وراجع أيضاً الشرح الكبير بحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢١٦ . ففيه : إنه يفسخ العقد إن دخلا بلا إشهاد بطلقة لصحة العقد بائنة لأنه فسخ جبري من الحاكم .

المؤمنين ، ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك [1] بالأشهاد . ثم قالوا : إذا كان الأشهاد واجباً بالحديث السابق ولم يفعله رسول الله عند العقد فيتعين أن ينصرف الوجوب إلى ما بعد العقد قبل الدخول .

وذهب الأئمة الثلاثة « أبو حنيفة والشافعي وابن حنبل » إلى أن الأشهاد واجب وقت العقد ، لأن الحديث نفى الزواج بغير شهود ، والنفي مسلط هنا على الصحة ، فإذا وجد العقد بدون شهود كان غير صحيح [2] .

وأما قصة صفية فلعلها خصوصية لرسول الله حيث أبيح له من الزواج ألواناً لم تبح لغيره . كالزواج بغير مهر ، والجمع بين أكثر من أربع واكتفى بالوليمة لأعلان زواجه هنا .

على أن رسول الله قد ارتفع عن أن يكون موضع شبهة أو ظن سيء .

ولو سلمنا عدم الخصوصية وأنه تزوج بدون شهود على العقد فأين إشهاده قبل الدخول ؟ والرواية تصرح بأنه دخل بها بعد الوليمة ولم يعلم الصحابة بأنها زوجة إلا من إرخاء الحجاب ، فأما أن تأخذوا بهذا وحده وتمنعوا اشتراط الشهادة أصلا ، وإما أن تأخذوا بالحديث وتوافقوا الشارطين في كونها شرطاً عند العقد .

وبهذا يكون العقد بحضرة الشهود صحيحاً بالاتفاق ، ولكن لو أوصى الزوج الشهود بالكتمان وعدم الأعلان هل يؤثر ذلك في العقد ويبطله أو لا ؟

ذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد ، لأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن

---

(١) شرح المؤطأ للباجي .

(٢) حتى لو كان العقد موقوفا على الأجازة وحضر الشهود عند الأجازة ولم يحضروا عند العقد لم تجز الشهادة لأنها شرط في العقد والأجازة ليست عقداً بل هي شرط لنفاذه . وبعدها يثبت حكم العقد مستنداً إلى وقت انعقاده لا من وقت الأجازة البدائع جـ ٢ ص ٢٥٦ .

المطلوب فيه الأعلان كما حض عليه رسول الله بقوله : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف » .

وذهب غيرهم من الحنفية والشافعية والظاهرية [1] إلى أن هذا لا يؤثر في العقد ولا يجعله سراً ، وكيف يكون سراً وقد حضره أربعة وهم العاقدان والشاهدان .

قال الشاعر : ألا كل سر جاوز اثنين شائع .

وقال غيره :

السر يكتمه الأثنان بينهما . وكل سر عدا الأثنين منتشر

وأما الموضع الثاني : فقد اشترط القائلون بوجوب الأشهاد في الشهود شروطاً اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر .

وأهم هذه الشروط . العقل والبلوغ والحرية والأسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، والتعدد ، وسماع كل شاهد كلام العاقدين مع فهم المقصود منه إجمالاً .

أما اشتراط العقل والبلوع والحرية فلأن الشهادة فيها معنى الولاية ، لأنها تلزم المشهود عليه بالمشهود به حيث ينبني عليها القضاء الملزم ، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلزام ، وليس لغير الأحرار البالغين العقلاء ولاية حتى على أنفسهم ، فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم ؟

ومن ناحية أخرى أن المقصود من حضور الشهود إظهار خطر هذا العقد بأعلانه وتكريمه ، وبحضور غير هؤلاء لا يتحقق شيء من ذلك ؛ بل يكون عقده بحضور غيرهم استهانة به .

---

(١) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩ .

وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا مميزين والمجانين والعبيد [1].

وأما اشتراط الأسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين، فلما في الشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه كما قلنا ولا ولاية لغير المسلم لقوله تعالى: « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » / النساء / ١٤١.

ولأن من أغراض الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها، ولا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين

ولأن لهذا العقد اعتباراً دينياً فلا بد من أن يشهده من يدين بدين الزوجين.

وهذا الشرط في زواج المسلمين لم يخالف فيه أحد من الفقهاء الشارطين للشهادة.

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية. فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يشترط إسلام الشهود، فيصح أن يشهد عليه كتابيان سواء اتفقا معها في دينها أو اختلفا معها فيه.

وذهب محمد بن الحسن وزفر من الحنفية والأئمة الثلاثة إلى أنه يشترط الإسلام [2]، لأن الشهادة على العقد الصادر من جانب الرجل المسلم والزوجة غير المسلمة، فلو جوزنا هذه الشهادة للزم أن تكون شهادة غير المسلم على المسلم فيقع المحظور السابق وهو جعل لغير المسلم نوع ولاية على المسلم وهو ممنوع شرعاً.

---

(١) خالف في شهادة العبيد الأمام أحمد وجوز شهادتهم في الزواج كما نص عليه ابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ٤٥٣.

(٢) يقول ابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ٤٥١ « لا ينعقد النكاح إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده. نص عليه أحمد وهو قول الشافعي، لأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين، وراجع نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢٢٠.

مع أن هذه الشهادة وان تحقق بها إشهار الزواج بين غير المسلمين فلا يتحقق بها اشهاره بين المسلمين ، وليس فيها تكريم لهذا العقد الذي أحد طرفيه مسلم .

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقد لا حظا في تجويز هذه الشهادة أنها شهادة على الزوجة فليس فيها شهادة غير المسلم على المسلم، لأن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر واختصاص الرجل بهذا الاستمتاع، فحقه ملك استمتاع يجعلها قاصرة عليه، وحقها مجرد الحل بدون اختصاص .

وبهذا يكون حقه عليها أقوى أثراً من حقها عليه في هذه الناحية، والشهادة يراعى فيها الجانب الذي عليه الحق الغالب ، فيكون هو المشهود عليه ، فتؤول هذه الشهادة إلى أنها شهادة للزوج على الزوجة فيراعى جانبها .

وهذا التوجيه وان كانت له وجاهته وفلسفته إلا أنه يرد عليه : أن هذه الشهادة ليست على المرأة وحدها ، بل هي شهادة على زواج مشترك بين الرجل والمرأة ، وشهادة غير المسلمين وان أثبتت حق الرجل على المرأة إلا أنها لاتحقق إعلان الزواج وإشهاره بين المسلمين كما في شهادة غير المسلمين على زواج المسلم بالمسلمة .

ويلاحظ هنا أن عمل المحاكم في جمهورية مصر العربية على قول أبي حنيفة وأبي يوسف باعتباره الرأي الراجح في مذهب الحنفية، وأن قانون العائلة جاء مطلقاً في الشهادة فمادته الرابعة والثلاثون تنص على أن :

« حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة » .

وأما التعدد فلأن الأصل في الشهادة المثبتة أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما

الأخرى » / البقرة / : ٢٨٢ . فهذه الآية رسمت لنا طريق الشهادة وجعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل وبينت العلة في ذلك . وإذا كانت الآية جعلت الشهادة على هذا الوجه في الأمور المالية التي لا تشترط الشهادة لصحتها، وإنما تطلب فيها على وجه الندب والاستحباب كما يرى جماهير العلماء — إذا استثنينا الظاهرية ومن وافقهم في أنها واجبة — فأولى أن تكون الشهادة في النكاح على هذا الوجه لأنها شرط لصحته ، ولأن الأحاديث المثبتة للشهادة صرحت بالعدد « لا نكاح إلا بشهود ، ولا نكاح إلا بشاهدين » . وقد قدمنا الأثر الذي رواه مالك في الموطأ عن عمر « أنـــه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هـــذا زواج السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » .

فهو يرى أن هذا الزواج بهذه الشهادة الناقصة زواج سر ولا يجيزه ، وأن الوطء فيه زنى . غير أنه لم يقم الحد على الزوجين لجهل الزوجين بذلك لأنه لم يتقدم منه منع لمثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس .

ومن هنا ذهب الحنفية إلى أن الشهادة في النكاح لا تكون إلا من رجلين أو رجل وامرأتين [1] .

لأن الأصل في الشهود أن يكونوا من الرجال ولا تقبل شهادة النساء وحدهن

---

(١) ويرى المالكية أنه لا بد من شاهدين من الرجال ، فلا يثبت بشهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى في الطلاق أو الرجعة : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » الفواكه الدواني شرح الرسالة جـ ٢ ص ١٥١ ، والباجي على الموطأ جـ ٣ ص ٣١٣ وعبارته : لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهاده رجل واحد وامرأتين . وكذلك الحنابلة كما صرح به ابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ٤٥١ للحديث « وشاهدي عدل » والشافعية ، ففي نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٢١٩ « ولا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين شرطهما حرية وذكورة وعدالة وسمع وبصر فلا يصح بحضرة من انتفى فيه شرط مما ذكر ويرى ابن حزم أنه يصح بشهادة أربع من النساء مستنداً إلى قول الرسول : « شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل . المحلى جـ ٩ ص ٩٥ .

في غير المواضع المستثناه ، وهي التي لا يطلع عليها الرجال ، فلا تكفي شهادة النساء منفردات في الزواج ، **لأن من أغراض حضور الشهود إعلان الزواج وهو لا يتحقق بوجودهن ، لأنه يغلب عليهن** – إذا كن مسلمات متأدبات بأدب الإسلام – الاستتار وعدم حضور مجالس الرجال ، فإذا وجد معهن رجل تحقق الأعلان بين الرجال والنساء .

وهناك بعض الصور يظهر فيها صحة الزواج بشاهد واحد . مثل ما إذا وكلت المرأة رجلا ليزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد فانه يصح ، كما يصح في صورة ما إذا وكل ولي الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد بحضوره وحضور شاهد واحد أيضاً .

والحقيقة أنهما شاهدان ، لأن في الصورة الأولى اعتبرت المرأة هي المباشرة للعقد والوكيل سفير ومعبر عنها ، وفي الصورة الثانية يعتبر المباشر للعقد شاهداً بالاعتبار السابق .

لكن يشترط في كل من الصورتين أن تكون المرأة بالغة ليمكن اعتبارها مباشرة للعقد في الصورتين وليصح توكيلها في الصورة الثانية ، لأن القاعدة المقررة : أن الأصيل في العقد إذا كان حاضراً في المجلس يمكنه أن يباشر العقد بنفسه اعتبر هو العاقد حكما ويعتبر الولي أو الوكيل شاهداً .

أما إذا كانت صغيرة وزوجها أبوها بحضرة رجل واحد فانه لا يصح لأنه لا يمكن اعتبارها عاقدة فلم يكن ثمة إلا شاهد واحد [1] .

أما اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين مع فهمهما المراد منه اجمالاً وإن لم

---

(١) والتوكيل بالزواج لا يلزم في صحته أن يكون أمام شهود . فلو قالت لأبيها وكلتك في زواجي بدون حضور شاهدين صح ذلك ولكن إذا أنكرت التوكيل لم يكن عليها شهود ففائدة الشهادة على التوكيل أثباته عند إنكاره .

يفهما معاني المفردات ، لأن أعلان العقـــد لايتحقق بدون السماع والفهم ، فإذا عقدا بحضور من لا يسمع ولا يفهم المراد لا يصح العقد [1] .

فلو كان الشاهدان أصمين أو نائمين أو سكرانين لايعى الواحد منهما مايسمعه ولا يتذكره بعد إفاقته لا يتحقق الغرض من الشهادة بوجودهما .

واشتراط السماع إنما يكون في العقد بالكلام ، فإذا كان بالأشارة كان الشرط رؤيتها وفهـم المقصود منها ، فـلو لم ير الشهود تلك الأشارة بأن كانوامكفوفي البصر أو رأوها ولَم يفهموا المراد منها لا يصح العقد .

وأما عدالة الشهود فقد شرطها المالكية والشافعية والحنابلة [2] والظاهرية واستدلوا بحديث « وشاهدى عدل » ولأن من أغراض الشهادة هنا إظهار شأن العقدوتكريمه،ولا يحصل هذا التكريم بشهادة الفسقة لأنهم ليسوا أهلاً للكرامة

---

(١) كتب الحنفية تحكي خلافاً في المذهب بين فقهائهم في هذا الشرط (في السماع والفهم) فمنهم من جعل الشرط هو حضور الشاهدين فقط وان لم يسمعا . ومنهم من يقول لا بد من السماع وهو الأصح ، وكذلك بين من شرط السماع . هل يشترط الفهم . منهم من لم يشترطه فلو عقدا بحضرة شاهدين لا يعرفان لغتهما صح . ومنهم من يشترط الفهم وهو الأصح . وهكذا تختلف عبارات الكتب ووفق بعض الفقهاء بين القولين « اشتراط الفهم وعدمه » فقال : إن اشتراط الفهم محمول على فهم المقصود إجمالا من كلام العاقدين وأنهما يقصدان عقد الزواج ، وعدم اشترأطه محمول على فهم معاني الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد الزواج فيكون الأصح في المذهب اشتراط السماع والفهم اجمالا للمقصود ولا يشترط فهمها لماني الألفاظ بل يكفي أن هذا اللفظ يقصد به الزواج . راجع رد المختار لابن عابدين جـ ٢ ص ٣٧٥ .

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٥١ ، والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٩٥،والفواكه الدواني جـ ٢ ص ١٥١ . ولكن المالكية يقولون إن وجد العدل فلا يعدل عنه إلى غيره ، فان لم يوجد العدل وقت العقد أو الدخول تصح شهادة المستور الذي لم يعرف بالكذب فان لم يوجد استكثر الشهود كالثلاثين والأربعين . وراجع أيضاً نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٢١٩ وفيه وينعقد بمستوري العدالة وهما المعروفان بها ظاهراً لا باطناً على الصحيح لأن النكاح يجري بين أوساط الناس والعوام ولو اعتبر فيه العدالة الباطنية لاحتاجوا إلى معرفتها ليحضروا من هو متصف بها فيطول الأمر عليهم . والثاني لا ينعقد بحضورهما لتعذر [illegible] بهما .

في أنفسهم فلا يكرم العقد بحضورهم . كما أن من أغراضها توثيق العقـــد والتمكن من أثبـــاته عند أنكاره والتنازع فيه ، وشهادة الفسقة لا يثبت بها الزواج أمام القضاء بالاتفاق .

غير أنهم يكتفون بالعدالة الظاهرة في الجملة،فيكفي أن يكون الشاهد مستور الحال لم يظهر فسقه ، لأن النكاح يكون في القـرى والبادية وبين عامة الناس ممن لايعرف حقيقة العدالة فاعتبار العدالة في الواقع فيه مشقة على الناس فاكتفى بظاهر العدالة تخفيفاً عليهم .

فان تبين بعد العقد أنه كان عندالعقدفاسقاً لم يؤثرذلك في العقد،لأن الشرط العدالة ظاهراً وقد تحقق ذلك كما يقول ابن قدامة في المغنى .

وأما الحنفيـة فلم يشترطوا في الشهود العدالة فيجوز شهادة غـير العدول في الزواج ، وان كان الكمال بن الهمام من علمائهم استظهر عدم جواز شهادة الفسقة في حال تلبسهم بالفسق .

ووجهوا رأيهم بأن الفاسق له أهلية لأنشاء عقد الزواج لنفسه ولغيره بالولاية أو الوكالة بلا نزاع ، فيكون أهلاً لأن يعقد الزواج بحضوره من باب أولى فيصلح شاهدا فيه ، وكونه لا تقبل شهادته لا يطعن في صحة تحمله لها لجواز أن يتحملها وهو فاسق ثم يزول عنه الفسق فتقبل شهادته . ومن هنا وضعوا ضابطا لمن تقبل شهادته في الزواج فقـالوا : كل من صلح أن يكون وليـاً في الزواج بولاية نفسه يصلح شاهدا فيه وإلا فلا .

لأن الغرض من الشهادة على العقد ليس قاصراً على أدائها عند التنازع ، بل من أغراضها أظهار العقد وأشهاره بين الناس وهذا يتحقق بشهادة غير العدل .

وأما الحديث الذى استدل به الجمهور فهو ضعيف ، وعلى فرض سلامته من الضعف فالمقصود منه مجرد الأرشاد إلى ما هو الأفضل .

وأنت ترى أن هذا تكلف منهم في الرد على الحديث ، لأن عبارة الحديث صريحة في نفي صحة الزواج بغير الشهود العدول ، وقد جاء في بعض رواياته « وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » .

على أن الحنفية ليس لهم دليل على اشتراط أصل الشهادة إلا هذا الحديث فكيف يأخذون بعضه ويتركون بعضه .

وبهذا يترجح رأى القائلين باشتراط العدالة :

ولما كانت الشهادة في الزواج عند الحنفية ليست مقصودة لأثباته عند أنكاره والاختلاف فيه بل لأشهاره وإخراجه من السرية إلى العلنية صححوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدين أو أصولهما وإن كانوا يمنعون هذه الشهادة في غير هذا الموضع .

فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنيه من غير الزوجة المعقود عليها أو بشهادة أبيها من غيره ، كما يجوز أن يتزوجها بشهادة ابنيه منها على ماهو المعتمد في المذهب .

والسبب في ذلك : أن هذا الموضع لا تهمة فيه ولا شبهة . بخلاف غيره فأن الشبهة قائمة والتهمة موجودة ، لأن المقصود بها إثبات الحقوق

ولذلك قالوا : إن شهادة هؤلاء وإن كان ينعقد بها النكاح إلا أنه لا يثبت بها عند الأنكار فشهادتهم تنفع في حل الزوجة ديانة لا قضاء .

فالزواج له حالتان حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق والأبن والأب ، وحالة الأثبات عند الأنكار وهذه لا تصح شهادتهم فيها ، بل يشترط في الشاهد على أثبات الزواج مايشترط في غيره من العدالة وعدم التهمة .

ومن هنا قالوا : إذا كانت شهادة الأبن عند اختلاف الزوجين على أحد أبويه

تقبل لعدم التهمة وان كانت له لا تقبل لوجود التهمة [1]

هذا والمعمول به في جمهورية مصر العربية مذهب الحنفية وقد عرفناه .

أما في لبنان فبالنسبة للجعفرية هو المقرر في مذهبهم . وهو عدم اشتراط الشهادة لصحة الزواج .

أما بالنسبة للسنيين فما قرره قانون العائلة في المادة (٣٤) ونصها :

(حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة) وهو متفق في جملته مع مذهب الحنفية ، لأنه لم يشترط في الشاهدين غير كونهما مكلفين . وظاهر أن هذه المادة لا تطبق على الجعفرية لأنها لا تتفق ومذهبهم .

كما أن المادة (٥٦) من ذلك القانون تنص على أن الزواج بغير شهود فاسد ، وهم يعتبرونه صحيحاً . [2]

رابعها : أن تكون الصيغة من الأيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة بمدة فان صحبها توقيت كان العقد فاسداً عينت المدة أو لم تعين كانت المدة قصيرة أو طويلة . فلو قال رجل لامرأة : تزوجتك مدة عام مثلاً وقبلت الزوجة ، أو قال لها : زوجيني نفسك مدة عشر سنوات أو فترة من الزمن أو مدة إقامتي في هذا البلد وقبلت كان العقد فاسداً . لأن العقد بهذه الصورة يكشف عن الغرض المقصود منه وهو مجرد الاستمتاع المؤقت ، والزواج لم يشرع لهذا

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) أما الطائفة الدرزية فان حضور الشهود لا بد منه ولكنه لا يكفي في الشهادة أقل من أربعة . كما جاء بالمادة (١٤) ونصها يتم عقد الزواج بالايجاب والقبول من الفريقين في مجلس العقد بحضور شهود . ويجوز أن يكون الشهود من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة . على أن لا يقل عددهم عن الأربعة .

الغرض بل شرع للاستقرار والسكن وتكوين الأسرة . وهذا لا يكون مع التوقيت وهو متفق على عدم صحته ولم يخالف فيه إلا الشيعة القائلون بجواز زواج المتعه وسيأتي توضيح ذلك في تقسيم العقد من حيث الأطلاق والتقييد .

المبحث الثالث

في شروط النفاذ

معنى نفاذ العقد : أن تترتب عليه آثاره الشرعية ، فالعقد إذا كان مستوفياً لأركانه وشروط صحته لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط النفاذ . ويجمعها أن يكون لكل من العاقدين الحق في إنشاء عقد الزواج،ويتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء هذا العقد . وكمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل ، والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة .

وعلى هذا إذا تولاه الزوجان مع كال أهليتهما نفذ انعقد وترتبت عليه آثاره عند من يصحح الزواج بعبارة النساء وهم الحنفية ومن وافقهم .

وإذا كان أحدهما ناقص الأهلية كالصغير المميز والمعتوه انعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من له الأجازة ، لأن وجود أصل الأهلية يجعله منعقداً صحيحاً ونقصانها يجعله موقوفاً على الأجازة ليمكن تلافي الضرر المحتمل من هذا العقد، أما إذا كان أحدهما فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز فان العقد يكون باطلا كما قدمنا .

وإذا تولاه غيرهما ممن كملت أهليتهم فان كان ولياً أو وكيلا نفذ العقد .

وإن كان مجرداً من هذه الصفة انعقد موقوفاً على الأجازة ، لأن وجود الأهلية الكاملة يجعله منعقداً صحيحاً ، وعدم الصفة المخولة لأنشاء العقد يجعله

موقوفاً على الأجازة . ويسمى ذلك الشخص في عرف الفقهاء بالفضولي . ومثل الفضولي في هذا الوكيل إذا خالف مقتضى الوكالة . كأن يوكله في زواج امرأة معينة أو بمهر معين فيزوجه غيرها أو بمهر أكثر . فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل .

وكذلك الولي البعيد إذا عقد الزواج مع وجود الولي القريب الكامل الأهلية ، فإن عقده يكون موقوفاً على إجازة القريب . وسيأتي بيان هذا في بحث الولاية .

وإذا زوج السفيه أو من عنده غفلة نفسه صح العقد ونفذ ولو كان محجوراً عليه ، لأن عقد الزواج تصرف شخصي لا يرد عليه الحجر ، وإنما الحجر على التصرفات المالية .

ولهذا لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ثبت لها مهر المثل فقط ، ولو كان السفه في جانبها ورضيت الزواج بالأقل ثبت لها مهر المثل ، وإن سمي لها أكثر صحت التسمية إذا لم يكن سفيهاً وإلا فيقتصر على مقداره .

المبحث الرابع

في شروط اللزوم

معنى لزوم العقد : ألا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما ممن يتعدى إليه ضرر العقد حق فسخه بعد تمامه [1]، وعلى هذا يكون المراد بشروط اللزوم هي

---

(١) قد يقال : إن للزوج حق الطلاق فهو يملك فسخ العقد مع لزومه . والجواب أن الفسخ نوعان: أحدهما ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بانشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة أو لعدم الكفاءة على رأي . وهذا النوع ينقض العقد من أساسه كأن لم يكن ، =

الشروط التي اذا تحققت كلها لم يكن لأحد الحق في فسخ العقد، فان تخلفت تلك الشروط أو بعضها كان العقد غير لازم يجوز فسخه إذا طلب ذلك صاحب الشأن .

والأصل في عقد الزوج أن يكون لازماً لأنه شرع لمقاصد لا توجد إلا مع لزومه ، ولذلك لا يصح فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية كما في البيع عند كثير من الفقهاء .

غير أن هذا اللزوم لا يكون إلا إذا توفر الرضا الكامل من الجانبين ، فإذا وجد فيه ما ينقضه عند أحدهما ثبت له خيار الفسخ ويكون العقد غير لازم .

وعلى هذا يشترط للزوم عقد الزواج إجمالا : أن يكون خالياً مما يوجب الفسخ .

ولما كان الموجب للفسخ يختلف باختلاف متولي العقد كان لا بد من تفصيل ذلك الشرط المجمل إلى الشروط الآتية .

أولا : أن يكون الزوج كفئاً [1] للزوجة إذا زوجت نفسها وهي كاملة الأهلية . أي بالغة عاقلة رشيدة .

= وثانيهما : ما كان لعارض يمنع بقاء الزواج كالفسخ بردة أحد الزوجين أو بإباء الزوج عن الأسلام بعد أسلام الزوجة والفسخ باللعان . والطلاق ليس فسخاً بالمعنى الأول ، لأنه ينهي العقد ولا يرفعه من أساسه . وهو وان كان فسخاً بالمعنى الثاني إلا أنه لا يتنافى مع لزوم عقد الزواج لأن الطلاق مشروع للضرورة ليكون علاجاً لحالة طارئة على الحياة الزوجية المفروض فيها أن تكون دائمة إذا أصبحت تلك الحياة ضرراً على طرفي العقد . ومن المقرر « أن الضرر يزال » .

(١) الزوج الكفء هو المساوي للزوجة في أمور خاصة منها الدين والنسب . وسيأتي بيانها في بحث الكفاءة إن شاء الله .

فان لم يكن كفئاً لم يكن العقد لازماً إذا كان لها ولي عاصب [1] لم يرض بهذا الزواج ، فله حق الاعتراض وطلب الفسخ [2] ، لأن الكفاءة حق مشترك بين الزوجة وأوليائها ، فاذا أسقطت حقها بقي حق الأولياء . لكن هذا الحق ثابت ما لم يسكت حتى تلد أو تحبل حبلا ظاهراً ، فان حدث ذلك سقط حق الاعتراض ، لأن حق الولد هنا في المحافظة عليه وتربيته أقوى من حق الأولياء في الاعتراض . وهذا في الرواية الظاهرة عند الحنفية [3] .

ثانيا : ألا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها ولو كان الزوج كفئاً لها ، فلو زوجت نفسها من كفء بأقل من مهر مثلها ولها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج كان العقد غير لازم ، وللولي حق الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الأولياء – كما يجري به العرف بين الناس – يفتخرون بكثرة المهور ويتعيرون بنقصانها .

وهذا الحق ثابت ما لم يقبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل أو تلد المرأة أو تحبل حبلا ظاهراً ، فان حصل شيء من ذلك سقط حق الاعتراض عند أبي

---

(١) الولي العاصب هو القريب للمرأة قرابة لا تتوسط فيها الأنثى وحدها كالأب والجد لأب وان علا والابن وابن الابن والأخ الشقيق أو لأب والعم الشقيق أو لأب وهكذا . فان لم يكن لها ولي عاصب وقع عقدها لازماً .

(٢) ولو فسخ القاضي هذا العقد لا يعتبر فسخه طلاقاً بل هو رفع للعقد من أساسه ، فاذا كان قبل الدخول والخلوة الصحيحة لم يترتب عليه شيء من الآثار فلا مهر ولا ميراث اذا مات أحد الزوجين ، أما إذا مات أحدهما قبل فسخه ترتب عليه الآثار لأنه عقد صحيح نافذ ، فان حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر وثبت به حق التوارث ووجبت العدة على المرأة بعد الفرقة وثبت نسب الولد من الزوج .

(٣) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها إذا زوجت نفسها بدون كفء كان العقد غير صحيح حسماً للنزاع من أول الأمر ، لأن الولي قد لا يحسن الخصومة وان أحسنها فقد لا يعدل القاضي ، وقد يترك الولي الاعتراض أنفة من التردد على أبواب القضاء . فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ .

حنيفة [1] وهو الذي يجري عليه العمل في القضاء في مصر .

ومذهب الجعفرية أن رضا المرأة بزواجها من غير كفء أو بأقل من مهر المثل كاف في لزوم العقد ، ولا يتوقف على رضا الأولياء ، لأن الكفاءة والمهر حقان للمرأة وحدها فإذا أسقطتها سقطا .

وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للجعفريين عدم اشتراط الكفاءة أو مهر المثل بمقتضى مذهبهم .

وأما بالنسبة للسنيين فيشترط في لزوم العقد أن يكون الزوج كفئاً سواء كان بمهر المثل أو بأقل منه كما جاء بالمادة ٤٧ من قانون حقوق العائلة . ونصها :

« لو كتمت الكبيرة وليها وزوجت نفسها لآخر بدون استحصال رضائه ينظر إن تزوجت كفءاً فالعقد لازم ولو كان بأنقص من مهر المثل ، أما إذا تزوجت شخصاً غير كفء فللولي أن يراجع الحاكم ويطلب فسخ النكاح » .

وإذا ثبت حق الاعتراض وطلب الفسخ للولي ورفع الأمر للقاضي فسخ الزواج ما لم يظهر الحمل بالمرأة كما جاء بالمادة الخمسين ونصها : « إنما يجوز للمحاكم فسخ النكاح بعدم الكفاءة قبل ظهور الحمل ورضاء الولي دلالة أو صراحة يسقط حق الفسخ » .

ولو رضي أحد الأولياء دون الآخر بزواج غير الكفء أو بأقل من مهر المثل سقط حق الباقي في طلب الفسخ ولزم العقد على القول الراجح في مذهب الحنفية .

---

(١) وعند الصاحبين إنه لا حق للولي في طلب الفسخ ، بنقصان المهر ما دام المسمى عشرة دراهم فأكثر ؛ لأن ما زاد على عشرة دراهم خالص حقها والذي يسقط حقه لا يعترض عليه أحد .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٤٩ ونصها : « رضاء أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ، وكذلك رضاء الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائباً يسقط حق اعتراضه » .

وإنما سقط حق الاعتراض في هذه الحالة لأنه ثبت بسبب مشترك لا يتجزأ وهو القرابة فلا يقبل التجزيء وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط للكل . كالعتق مثلا .

ثالثا : أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمعتوه والصغير والصغيرة الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار .

فلو زوج الأب أو الجد واحداً من هؤلاء كان العقد لازماً ، ولو كان الزواج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل . حتى لو بلغ الصغير أو أفاق المجنون وعقل لا يكون لهما الحق في الفسخ، لأن الشأن في الأب والجد المعروفين بحسن التصرف والاختبار أن يعملا على مصلحة من في ولايتهما ، فاذا تساهلا وزوجا بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل لا يكون ذلك إلا لمصلحة تفوق الكفاءة والمهر .

ومثلها في ذلك ما إذا زوج الابن أمه التي سلب عقلها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فإن العقد يلزم وليس لها حق طلب الفسخ إذا ما عقلت .

أما إذا كان الأب أو الجد معروفاً بسوء التصرف فان عقدهما يكون غير لازم ويثبت حق الفسخ عند البلوغ إن كان المزوج صغيراً ويسمى خيار البلوغ أو عند الأفاقة إن كان مجنوناً أو معتوهاً ويسمى خيار الأفاقة .

وكذلك إذا زوج واحداً من هؤلاء غير الأب والجد . كالأخ والعم وبن عم فان العقد لا يكون لازماً حتى ولو كان الزوج بالكفء وبمهر المثل ، لأن شفقة هؤلاء وحرصهم على مصلحة من في ولايتهم لا تبلغ درجة الكمال فلا

تساوي شفقة الأب والجد ، فلاحتمال ألا يكون في هذا الزواج مصلحة ثبت حق الفسخ لهؤلاء .

ومذهب الجعفرية أنه إذا كان المزوج للصغير والصغيرة والبالغ فاسد العقل الأب أو الجد لزم العقد ولا خيار لهم عند البلوغ أو الأفاقة . وإذا كان المزوج لهم غيرهما ثبت لهم الخيار عند البلوغ أو الأفاقة كما جاء في المختصر النافع »[1].

رابعا : ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفاءته . كأن يدعي نسباً معيناً تم الزواج على أساسه ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة إلى طرف الزوجة فلها أو لوليها حق طلب الفسخ .

أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد ، لأن الرجل يملك الطلاق فله أن يطلق إذا ما ظهر له تغريرها ولا حاجة به إلى طلب الفسخ .

---

(١) ص ١٩٦ وما بعدها .

الفصل الثالث

في طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في طرق إثبات الزواج

يثبت الزواج شرعاً بإحدى طرق ثلاث . الأقرار والبينة والنكول عن اليمين أي الامتناع عنه .

فإذا ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمراً يتعلق به كالمهر والنفقة مثلاً فإن أقر الطرف الآخر ثبت ، لأن الأقرار حجة على المقر ، ويكون الثبوت بتصادقهما عليه ، فيكون تقريراً للواقع وإثباتاً لزوجية سابقة لا إنشاء لعقد الزواج وقت الأقرار ، والا لاحتاج الأمر إلى إشهاد عليه ولم يقل أحد من الفقهاء ذلك [1] .

وإن لم يقر طولب المدعي بالبينة ، فان أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد ، فإن عجز المدعي عن أقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الآخر

---

(١) يلاحظ هنا أن ثبوت الزواج بهذا الأقرار يتوقف على توافر شروط أهلية المقر للأقرار وألا يوجد مانع شرعي من قيام هذه الزوجية .

المنكر ، فان حلف على أن هذه الدعوى غير صحيحة ، رفضت الدعوى ، وليس معنى رفضها أنها لا تسمع بعد ذلك ، بل يصح تجديدها إذا وجد المدعي شهوداً يشهدون له .

وإن امتنع المنكر عن اليمين قضى بثبوت الزواج ، لأن النكول عن اليمين إقرار على الرأي المفتى به في مذهب الحنفية وهو رأي الصاحبين [1] .

ويرى الشافعية والجعفرية أنه إذا امتنع المنكر عن اليمين ردت على المدعي فان حلف قضى له وإن امتنع ردت دعواه .

تلك هي الشروط التي شرطها الفقهاء في عقد الزواج ، وهذه طرق إثباته . وقد استنبطوها من النصوص وتطبيق القواعد الشرعية ، فاذا توافرت الشروط كلها كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً شرعاً ولا اعتراض لأحد عليه . وان تخلف منها شرط أثر في العقد حسب نوع ذلك الشرط ، فان كان شرط انعقاد لم يوجد العقد ، وإن كان شرط صحة كان العقد غير صحيح وهكذا .

وهو يثبت إما بالأقرار من الطرفين أو بالبينة أو النكول عن اليمين عند الاختلاف فيه كما سبق .

المبحث الثاني

في تزويج الصغار

موقف الفقهاء منه :

قديماً اختلف الفقهاء فى زواج الصغار غير البالغين .

---

(١) ويرى أبو حنيفة أنه لا توجه اليمين إلى من أنكر الزوجية لأن [illegible] ول عن اليمين ليس [illegible] عنده فلا فائدة في توجيهها .

فذهب الجماهير منهم إلى جوازه ومعهم الشيعة الجعفرية [١] وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج ، لأن القرآن اعتبره صحيحاً ورتب عليه بعض آثار الزواج في قوله تعالى : « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن » / الطلاق / ٤ .

فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر . ومعلوم أن هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق ولما ثبت من فعل رسول الله وأصحابه من بعده ، ولما قد يكون فيه من تحقيق مصلحة في بعض الحالات ، فقد يجيء الكفء يطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء إذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد في كل وقت .

وذهب البعض كابن شبرمة وعثمان البتي وابي بكر الأصم إلى منع زواج الصغار واعتبروه باطلا ، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين في قوله سبحانه : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على إنتهاء الصغر ، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الغاية معنى .

ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسر ، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار فيكون ضرباً من اللهو والعبث ، بل قد يترتب عليه الضرر ، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه .

تلك وجهة كل من الرأيين باختصار ولسنا هنا بصدد ترجيح رأي على رأي ولكننا نقول : إنهم مع هذا الاختلاف اتفقوا على عدم تقييده ببلوغ سن معينة كست عشرة أو سبع عشرة الخ .. غير أن المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو

---

(١) كما صرحت به كتبهم في عبارات كثيرة كما في المختصر النافع ص ١٩٦ ؛ ص ١٩٧ ، وشرائع الأسلام جـ ٢ صفحات ١١ ، ٣٨ ، ٤١ .

في الأصل يكون بالعلامات الطبعية ووقتها يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم فإذا تأخرت العلامات الطبيعية في الظهور اعتبر البلوغ بالسن وهو يختلف من رأي لآخر .

ولكن حدثت أمور اقتضت إعادة النظر في سن الزواج وإلزام الناس برأي يطبق على الجميع ، فكانت للقوانين الصادرة جولة في هذا الأمر .

موقف القانون

كان الناس يزوجون الصغار عملا برأي جماهير الفقهاء القائلين بصحة زواج الصغار ، ولم يكن ثمةاعتراض لأحد على ذلك،وكانت المحاكم في البلدان الإسلامية تسير على هذا الرأي فكانت تسمع دعوى الزوجية ولو كان الزوجان صغيرين أو أحدهما ، ولا يزال العمل جارياً على ذلك إلى الآن في بعض الدول الإسلامية كالسودان والسعودية .

ولما كان تزويج الصغار يترتب عليه بعض الأضرار الخلقية والاجتماعية كما هو مشاهد ومعروف فكرت الدولة العثمانية عند وضع قانون حقوق العائلة في علاج لهذه المسألة . فمنعت زواج الصغار أصلا قبل سن معينة في المادة السابعة ونصها .

« لا يجوز لأحد أصلا أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة التاسعة من العمر » .

وهي السن التي قرر فقهاء الحنفية قبول دعوى البلوغ من الفتى والفتاة فيه بالعلامات الدالة عليه . كالاحتلام في الفتى والحيض في الفتاة .

كما حددت سناً لأهلية الزواج من الجنسين في المادة الرابعة من هذا القانون ونصها :

«يشترط لأن يكون الخاطب حائزا أهلية النكاح أن يتم السنة الثامنة عشرة

والمخطوبة أن تتم السنة السابعة عشرة من العمر». وهي السن التي حددها أبو حنيفة للبلوغ بالسن إن لم توجد العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ قبل ذلك .

فقد حددت المادتان مبدأ أهلية الزواج واكتمالها لكل من الفتى والفتاة . فجعلت مبدأ أهلية الفتى سن الثانية عشرة فلا يصح عقد زواجه قبلها ، واكتمال أهليته سن الثامنة عشرة فيصح العقد بعدها دون توقف على شيء .

وفي الفتاة جعلت مبدأ أهليتها سن التاسعة بحيث لا يصح زواجها قبل بلوغها ، واكتمالها بالسابعة عشرة بحيث يصح تزويجها بعدها دون حاجة إلى استئذان الحاكم .

غير أن القانون لم يقتصر على هذا، بل أجاز الزواج لهما ما بين هاتين السنين إذا أذن الحاكم لهما بذلك في المادتين الخامسة والسادسة ونصها :

م — ٥ — « اذا راجع المراهق الذي لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر وبين أنه بلغ فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كان حاله يتحمل ذلك ».

م — ٦ — « إذا راجعت المراهقة التي لم تتم السنة السابعة عشرة من العمر وادعت أنها بلغت فللحاكم أن يأذن لها بالزواج ان كان حالها يتحمل ذلك بأذن وليها » .

فلزواج الأشخاص في نظره ثلاث مراتب :

الأولى : قبل سن الثانية عشرة للفتى والتاسعة للفتاة ، وفيها يكون الزواج غير صحيح أصلا .

الثانية : ما بين الثانية عشرة والثامنة عشرة للفتى، وما بين التاسعة والسابعة عشرة للفتاة وفيها يجوز الزواج إذا أذن الحاكم بعد أن يتبين له أن حالتها تتفق ودعواها البلوغ مع أذن الولي في زواج الصغيرة .

الثالثة : ما بعد الثامنة عشرة للفتى والسابعة عشرة للفتاة والزواج فيهما صحيح نافذ غير موقوف على شيء .

وخلاصة موقف هذا القانون : أنه شرط لصحة الزواج البلوغ ، فحدد له حداً أدنى . يقطع بعدم حصوله قبله ، وحداً أعلى يقطع فيه بتحققه بعده، وما بين الحدين جعله في مجال النظر المفوض للحاكم « أي القاضي » فان صدق الحال دعوى البلوغ أذن وإلا فلا اذن . فيؤول في النهاية إلى أنه لا زواج إلا للبالغين وأما الصغار فلا يجوز زواجهم .

ما عليه العمل في لبنان :

لما كان هذا القانون هو المطبق في لبنان فيكون العمل في المحاكم الشرعية السنية وفق هذا القانون وهو منع زواج الصغار وتقييد صحة الزواج بسن معينة على التفصيل السابق .

وفي المحاكم الجعفرية يطبق مذهبهم . وهو عدم التقيد بسن معينة ، لأن القانون لا يتفق ومذهبهم ، وقد شرطت المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية في تطبيق هذا القانون في محاكمهم ملاءمته لمذهبهم .

وفي المحاكم الدرزية يطبق قانونهم وهو يقيد سن الزواج بسن معينة ويمنع زواج الصغار بتفصيل قريب من التفصيل الموجود في قانون العائلة . والخلاف بينهما في تحديد السن مع اشتراط اذن ولي الصغير والصغيرة في المرتبة الوسطى [1] .

ثم ان قانون العائلة شرط شرطاً شكلياً في إجراء عقد الزواج . وهو حضور حاكم القضاء الموجود فيه محل إقامة أحد الخطيبين أو نائبه المأذون أثناء العقد وينظمه ويسجله كما نصت المادة ٣٧ منه .

---

(١) ففي المواد من ١ - ٥ تحديد للسن الأدنى بست عشرة سنة للصغير وخمس عشرة سنة للصغيرة وجعل سن الأهلية ١٨ سنة للفتى ، ١٧ سنة للفتاة ، واشترط الاذن فيما بين ١٦، ١٨ سنة للفتى وفيما بين ١٥ ، ١٧ بالنسبة للفتاة واشترطت في هذه الحالة اذن ولي كل من الصغير والصغيرة بينما اقتصر قانون العائلة على اشتراطه بالنسبة للفتاة .

بينما القانون الدرزي يجعل ذلك شرطاً لصحة العقد فالمادة ١٦ منه تنص على أنه « لا يكون عقد الزواج صحيحاً إلا إذا أجراه أحد شيخي العقل أو قاضي المذهب أو من أنابه عنه لأجرائه » .

ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية :

أما في مصر فلم يصدر تشريع يقيد سن الزواج بقيد يمنع من صحته بدونه فبقي زواج الصغار صحيحاً شرعاً وقانوناً تترتب عليه آثاره الشرعية ما دام لم يحصل فيه خلاف أو أنكار يؤدي إلى رفع الأمر إلى القضاء .

والتشريعات التي صدرت في هذا الموضوع تتعلق بإجراء عقد الزواج رسمياً أمام الموظف المختص ، وبسماع دعوى الزوجية عند الاختلاف فيها ، وتتضمن شروطاً قانونية لا تمس صحة العقد شرعاً ، وإنما يترتب على تخلفها آثار قانونية لا دخل لها في الحل والحرمة . وإليك هـــذه الشروط مع توضيح الباعث على وضعها .

أولا – في إجراء عقد الزواج :

اشترط القانون لأجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله في الوثائق الرسمية أو تسجيل المصادقة عليه [1] . بعد استيفائه الشروط الشرعية : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج عن ثماني عشرة سنة وقت إجراء العقد أو وقت التصادق عليه .

جاء ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : « لا يجوز مباشرة عقـد الزواج ولا

---

(١) يراد بالمصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بتوثيق عقود الزواج بأنهما عقدا زواجهما في تاريخ سابق ويرغبان الآن في تسجيله وتوثيقه .

المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثماني عشرة سنة **وقت العقد** .

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموظف المختص بمباشرة عقود الزواج أن يقوم بتحرير عقد زواج بين اثنين تقل سنهما عن السن المحددة وقت إنشاء العقد ، كما لا يجوز له أن يصادق على زواج مستند إلى ما قبل صدور القانون المذكور تقل فيه سن الزوجين عن ذلك .

وقد بينت المذكرة الأيضاحية لهذا القانون السبب الداعي إلى هذا التقييد كما بينت السر في التفرقة بين سني الزوجين فقالت : إن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو إهماله ، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالي (١) .

غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي وما يلزم لتأهيل البيت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة .

ولما تحايل الناس على هذا القانون ليوثقوا زواج الصغار بإخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد بشهادات الأطباء أحياناً أو بشهود الزور أحياناً أخرى وضع المشرع عقوبة لمن يعقد هذا العقد وهو يعلم أنه مخالف للحقيقة أو يدلي بمعلومات كاذبة يعقد العقد بناء عليها .

---

(١) قد كان سن الرشد المالي وقت صدور هذا القانون ثماني عشرة سنة ، ثم رفعت بعد ذلك إلى إحدى وعشرين سنة في سنة ١٩٤٧ بالقانون رقم ٩٩ حيث نصت المادة ٤٤ منه على أن سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

جاء ذلك بالمادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ [١] .

ثانيا – في سماع دعوى الزوجية :

اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم أمرين :

أولهما : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وسن الزوج عن ثماني عشرة سنة هلالية وقت رفع الدعوى سواء أكان النزاع في نفس الزوجية أم في أثر من آثارها كالمهر والنفقة والطاعة والميراث كما جاء في الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقد كان قبل ذلك لا تسمع دعوى الزوجين إذا كانت سن الزوجين أقل من السن القانونية وقت العقد سواء كانت سنهما وقت الدعوى بلغت ذلك أو لا ، كما نص عليه القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الصادر بشأن تحديد سني الزواج فجاء هذا التعديل تيسيراً على الناس وصيانة لحقوق الزوجية واحتراماً لآثارها حيث قصر المنع على حالة واحدة فقط وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

فأصبح للمحاكم أن تسمع دعوى الزوجية إذا كان الزوجان قد بلغا وقت رفع الدعوى السن القانونية للزواج وإن لم يكونا قد بلغا هذه السن وقت عقد زواجهما . كما صرحت به المذكرة التفسيرة . فاذا كان سن الزوجين أو أحدهما

---

(١) ونصها يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحدده في القانون .

تقل وقت رفع الدعوى عن السن القانونية فلا تسمع الدعوى ، وللمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى في هذه الحالة . وعدم سماع الدعوى شامل لدعوى الزوجية أو آثارها ما عدا دعوى النسب فانها بقيت كما كان الأمر قبل هذا القانون تسمع دعواه وإن لم يكن الزوجان بلغا هذه السن وقت العقد ، وإن لم يكن عقد الزواج موثقا وعبارتها في هذا :

« وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة القديمة .

وثانيهما : وجود مسوغ كتابي يثبت الدعوي عند إنكار المدعي عليه [١] .

واشتراط هذا كان في تعديل اللائحة سنة ١٨٩٧ ثم تنوع المسوغ الكتابي في التعديلات التالية له إلى أن استقر على التعديل الأخير الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، ومعنى هذا أن حوادث الزواج قبل سنة ١٨٩٧ لا يشترط لإثباتها عند الأنكار وجود مسوغ كتابي وإنما يشترط فيما حدث منها بعد هذا التاريخ .

وقد جاء هذا المسوغ الكتابي مختلفاً في صورته تبعاً لاختلاف الفترات الزمنية فقسمته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى ثلاثة أنواع يشترط وجود كل منها في فترة محددة كما قسمت الفترات إلى أربع :

الأولى : حوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت بالطرق الشرعية بالبينة عند الأنكار سواء كانت الدعوى مقامة في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما ولا يشترط فيها مسوغ كتابي وانما يشترط كون الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، وأن يكون زواجهما مشهوراً بين الناس كما جاء في الفقرة

---

(١) أما اذا كان مقراً بالزوجية فيحكم بثبوتها معاملة له بإقراره وهو حجة عليه .

الثانية من المادة السابقة،فاذا كانت الدعوى مرفوعة من غير الزوجين أو لم يكن زواجهما مشهوراً فلا تثبت الدعوى بالبينة .

الثانية – حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ وتثبت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية وبعـــد وفاة أحدهما يشترط لسماعها عند الأنكار وجود أوراق خالية من شبهة التزوير تدل عـلى وقوع الزواج سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما . كما جـاء في الفقرة الأولى من تلك المادة .

الثالثة – حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٩١١ إلى آخر يوليه سنة ١٩٣١ وتثبت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية ، وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها وجود أوراق رسمية ومكتوبة بخط المتوفي وعليها أمضاؤه سواء كانت مقامة من أحـد الزوجين أو من غيرهما كما نصت عليـه الفقرة الثالثة .

الرابعة : حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلى الآن .

وهذه لا تسمع فيها الدعوى عند الأنكار إلا إذا كانت ثابتة في وثيقة زواج رسمية سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو بعـــد وفاة أحدهما . وسواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما جاء بالفقرة الرابعة من تلك المادة .

والغرض الذي يهدف إليه المشرع من وضع هذين الشرطين وتقييدالاعتراف بالزواج رسمياً بهما يتلخص في الأمور الآتية .

١ – تلافي الضرر الصحي والاجتماعي الذي ينشأ عن زواج صغار السن ، لأن مسئوليات الزواج عظيمة وخطيرة قلما يتحملها صغـار السن . فحدد القانون تلك السن وفيها يكون الزوجان قد وصلا في الغالب إلى حالة جسمية

وفكرية يستطيعان معها تحمل أعباء الزوجية من تكوين الأسرة وتربية الأولاد إلى غير ذلك مما شرع الزواج لتحقيقه .

٢ – حفظ الحقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد من العبث والضياع بجحوده وإنكاره إذا ما عقد بدون وثيقة رسمية ثم أنكره أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى ، ولو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره .

٣ – منع دعاوي الزواج الباطلة لأغراض سيئة كالطمع في المال أو الكيد للآخر . وقد كانت دعاوي الزواج لهذه الأغراض ترفع أمام المحاكم ولا يستطيع المدعي عليهم رفضها قبل هذا القانون .

وبعد صدوره سد الطريق أمامهم وحال بينهم وبين تلك الدعاوي الكاذبة .

هذا وليس معنى اشتراط القانون لسماع الدعوى بلوغ سن معين أو وجود مسوغ كتابي أن عقد الزواج الخالي منهما يكون باطلا ، بل هو صحيح شرعاً وقانوناً ، لأن صحته شرعاً لا تتوقف على شيء من ذلك . ولأن القانون لو لم يعتبره صحيحاً لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هتك عرض يعاقب عليه القانون ولا يمكن لأحد أن يقول ذلك .

وكل ما فعله هو أنه منع الموظف المختص من إثبات عقد زواج لم يبلغ الزوجان فيه السن القانونية كما منع القضاة من سماع دعوى الزواج ممن لم يبلغوا سن القانونية وقت رفع الدعوى مطلقاً سواء كانت الزوجية معترفاً بها أو غير معترف بها ، كما منعهم من سماعها عند إنكارها إذا لم يوجد مسوغ كتابي لسماعها .

ففقد شرط السن مانع من سماعها في حالتي الأنكار للزوجية والاعتراف بها .

وفقد المسوغ الكتابي مانع من سماعها عند الأنكار فقط . أما إذا كان معترفاً بها ومستوفاة شرط السن فانها تسمع ويكون ذلك كالتصادق عليها .

وقد فعل ذلك تحقيقاً للأغراض السابقة مستنداً في هذا المنع إلى ما هو مقرر في الفقه الأسلامي من أن لولي الأمر أن يمنع القضاة من سماع بعض الدعاوي لما يراه من المصلحة في صيانة الحقوق من الضياع .

فموقفه في هذا موقف سلبي رغبة منه في تقليل وقائع الزواج بين الصغار والحيلولة دون وقوع دعاوى الزواج الكاذبة .

الفصل الرابع

في أنواع الزواج من حيث الأطلاق والتقييد في صيغته

وفيه مباحث

تمهيد: صيغة عقد الزواج الصادرة من المتعاقدين إما أن تكون مطلقة عن القيود أو مقيدة . والمقيدة إما أن يكون القيد جزءاً منها أو خارجاً عنها .

ففي الحالة الأولى يكون العقد منجزا مطلقاً وهو ما صدرت الصيغة فيه غير معلقة على شيء ولا مضافة إلى زمن مستقبل ولا مقيدة بوقت ولا مقرونة بشرط. والعقد فيها صحيح بالاتفاق تترتب عليه آثاره إذا كان مستوفياً لشرائطه السابقة كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول قبلت أو زوجتك نفسي .

وفي الحالة الثانية إن كان القيد جزءا من الصيغة فتحته أنواع ثلاثة المعلق والمضاف والمؤقت . وإن كان خارجاً عنها فهو المقترن بشرط، وإليك بيان هذه الأنواع الأربعة :

المبحث الأول

في الزواج المعلق والمضاف

١ ـ المعلق : التعليق هو الربط بين جملتين بأن يجعل تحقيق مضمون إحداهما موقوفاً على تحقيق مضمون الأخرى بأداة من أدوات التعليق كإن وإذا .

والزواج المعلق هو ما جعل تحقق الإيجاب والقبول أو أحدهما معلقاً على تحقق شيء آخر كأن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي إن رضي أخي فيقول الآخر قبلت ، أو يقول الرجل للمرأة زوجيني نفسك فتقول زوجتك نفسي إن رضي أبي .

ففي كل منهما تعليق على شيء آخر فيرتبط وجوده بوجوده .

وحكم هذا الزواج يختلف تبعاً لوجود الشيء المعلق عليه وعدمه وقت التعليق. فإذا كان المعلق عليه معدوماً وقت التعليق لا ينعقد العقد سواء كان ذلك المعدوم محقق الوجود في المستقبل. مثل إذا جاء الشتاء زوجتك ابنتي ، أو لم يكن محقق الوجود بأن كان يحتمل وجوده وعدمه مثل إن ربحت من تجارتك زوجتك ، أو إن نجحت في الامتحان تزوجتك ، فإن الربح والنجاح لا نقطع بوجودهما وكذلك لو كان مستحيل الوجود ، كما لو قال لها : زوجيني نفسك فقالت : إن شربت ماء هذا البحر كله زوجتك نفسي. لأن عقد الزواج من عقود التمليكات وهي لا تقبل التعليق ، ولأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجه عما وضعه الشارع له ويجعله محلا للمقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها ، فكان تعليقه منافياً لوضعه الشرعي .

وإن كان الشرط المعلق عليه متحقق الوجود في الحال . كأن يقول الرجل للمرأة : إن نجحت في الامتحان تزوجتك وقبلت وكانت ناجحة بالفعل فــان

العقد ينعقد في هذه الحالة ويكون صحيحاً ، لأن التعليق هنا صوري فقط وهو تنجيز في الحقيقة لأن الشرط موجود وقت العقد .

ومثل ذلك لو قالت : زوجتك نفسي إن رضي أبي وكان أبوها حاضرا في المجلس وقال : رضيت ، لأن رضاء الأب يجعل كأنه متحقق قبل العقد وقد أخبر عنه في مجلس العقد .

٢ – المضاف : وهو أن يضيف الموجب الصيغة إلى زمن مستقبل كأن يقول لها زوجيني نفسك في أول العام القادم فتقول قبلت .

وهذا لا ينعقد أصلا لا في وقت العقد ولا في الزمن الذي أضافه إليه ، لأن الزواج مشروع ليفيد ملك المتعة في الحال، والإضافة إلى المستقبل مانعه من ترتب آثاره في الحال ، فتكون الإضافة منافية لمقتضى العقد فيلغو ، ولأن الأضافة لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج حين يجيء الوقت المذكور والوعد بالزواج ليس زواجاً .

المبحث الثاني

في المؤقت

التوقيت : أن يقيد الصيغة بمدة من الزمن محددة أو غير محددة. طويلة كانت أو قصيرة كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك مدة سنة ، أو مدة إقامتي في هذا البلد أو ما شابه ذلك . وهذا الزواج غير صحيح [1] لما قدمناه من أنه

(١) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها عادة صح العقد لكونه تأبيدا معنى . ورد ذلك الكمال بن الهمام في فتح القدير بقوله : ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت فصدق عليه أنه زواج مؤقت . على أنا نقول : أنه لا يدري وقت العقد هل يعيشان إليها فيكون غير دائم أو لا يعيشان إليه فيكون مؤبدا

يتنافى مع مقاصد الزواج حيث لم يقصد به إلا مجرد التمتع بها في تلك الفترة . وخالف في ذلك زفر من الحنفية ذاهباً إلى أن هذا زواج اقترن بشرط فاسد والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة. ويكون ذلك كما إذا عقد عليها مع اشتراط أن يطلقها بعد سنة مثلا فانه زواج مؤقت وقد اتفق أئمة المذهب على صحة العقد في هذه الصورة وإلغاء الشرط فيصح العقد ويلغو التوقيت .

ولكن الراجح هنا هو الرأي الأول، لأن تقييد الصيغة بوقت يجعلها غير صالحة لأنشاء عقد الزواج المشروع لبناء الأسرة وتربية الأولاد ، بل التوقيت دليل على أنه قصد به مجرد المتعة في تلك الفترة المحددة فيكون من زواج المتعة المنسوخ ، **وقياسه على صورة اشتراط التطليق غير صحيح لأن الأيجاب في المؤقت ورد** على زواج مؤقت فالتوقيت جزء من الأيجاب والقبول فيفسدهما : أما في صورة اشتراط الطلاق فالأيجاب ورد على زواج مطلق عن الوقت ولكنه أضيف إليه شرط فالتوقيت مصاحب للأيجاب والقبول ومقارن لهما وليس جزءا منهما فيلغو الشرط ويصح العقد .

هل يفترق الزواج المؤقت عن زواج المتعة ؟

جمهور الفقهاء من أهل السنة لا يفرقون بين زواج المتعة والزواج المؤقت فهما شيء واحد عندهم . فمنهم من يقول الزواج لأجل سواء بين الأجل أولاً هو المسمى بزواج المتعة ويفسخ بغير طلاق مطلقاً سواء كان قبل الدخول أو بعده[١]. ومنهم من يستدل على بطلانه بالنهي عن نكاح المتعة ويمثلون لهما بأمثلة واحدة[٢].

ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بينهما بأن الزواج المؤقت يكون بلفظ النكاح أو الزواج **مع حضور شهود وذكرت فيه المدة** ، وأما زواج المتعة

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) شرح منهاج الطالبين جـ ٣ ص ٢١٨ .

فيكون بلفظ من مادة المتعة أو التمتع أو الاستمتاع من غير حضور شهود . ولكن هذه التفرقة لم يرتضها الكمال بن الهمام [1] فقال : إن الزواج المؤقت نوع من زواج المتعة ،لأن زواج المتعة عقد مؤقت ينتهي بانتهاء الوقت سواء كان بلفظ المتعة أو بلفظ النكاح أو الزواج حضره شهود أو لا وهو لا يقصد به إلا التمتع والمؤقت لا يخرج عن هذا، ولأن المتعة التي رخص فيها رسول الله ﷺ لم يقيدها بلفظ المتعة ولا بكونها من مادة (م . ت ع) وانما عبر عنها الرواة بلفظ المتعة فقط . وهذا رد وجيه لأننا إذا رجعنا إلى مذهب الجعفرية القائلين بجواز نكاح المتعة نجدهم يسمونه النكاح المنقطع في مقابلة الدائم ، ويقولون : إنه ينعقد بألفاظ ثلاثة . زوجتك وأنكحتك ومتعتك ، والأشهاد عندهم ليس شرطا لا في الزواج الدائم ولا في المتعة[2] فالتفرقة التي قالها بعض علماء الحنفية لا معنى لها فهما شيء واحد نعقد البحث الآتي لبيان موقف الفقهاء منه :

المبحث الثالث

في زواج المتعة

زواج المتعة بين المانعين والمجوزين .

وفي هذا البحث [3] نتتبع هذا النوع من الزواج من مبدأ الاذن فيه ونسير

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٨٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) من مراجع هذا البحث البدائع جـ ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٥٠ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٣٩ ، منهاج الطالبين جـ ٣ ص ٢١٨ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٤٤ ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٦ ص١٤٤ وما بعدها نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ومن كتب الجعفرية شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٢٣ وما بعدها ، والمختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها ، ومن لا يحضره الفقيه ص ٢٩٦ ، فقه الامام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية جـ ٥ ص ٢٥ وما بعدها .

معه خطوة بخطوة لنعرف ما طرأ على الترخيص فيه في حياة رسول الله ﷺ والنزاع الذي ثار حوله بعد وفاته وما استقر عليه أمره وموقف الفقهاء منه فنقول وبالله التوفيق :

- لا خلاف بين الفقهاء في أن هذا اللون من الزواج قد رخص فيه رسول الله ﷺ في بعض أسفاره، وبعبارة أدق في بعض غزواته لأمر طارىء يدعو اليه .

ففي الحديث المتفق عليه – كما يقول صاحب منتقى الأخبار – عن ابن مسعود قال : كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس معنا نساء فقلنا : ألا نختصي فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ عبدالله « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ... الآية .

وروى الترمذي عن سهل بن سعد قال : « إنما رخص النبي ﷺ في المتعة لعزبة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك .

وروى أحمد ومسلم عن سبرة الجهني أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة قال : فأقمنا بها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء ... ثم قال فلم أخرج حتى حرمها رسول الله .

وفي رواية عنه ، أنه كان مع النبي ﷺ فقال : يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وان الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً .

وروي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأنسية زمن خيبر » متفق عليه .

وروى البخاري عن أبي جمرة قال : «سألنا ابن عباس عن متعة النساء فرخص فقال له مولى له : إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال ابن

عباس نعم »[1] .

فهذه الأحاديث كما ترى – منها ما اقتصر على الأخبار بالترخيص ومنها ما اقتصر على الأخبـار بالتحريم ، ومنها ما جمع بين الأمرين الترخيص والتحريم بعده . وكلها متفقه على أن الترخيص كان في حالات الغزو وليس فيهـا حديث واحد يفيد أنه رخص لهم فيها حالة الإقامة .

يقول الحازمي في الناسخ والمنسوخ بعد أن ذكر حديث ابن مسعود السابق ، وهذا الحكم كان مباحاً مشروعاً في صدر الإسلام، وإنما أباحه النبي ﷺ لهم للسبب الذي ذكره ابن مسعود ، وإنما ذلك يكون في أسفارهم ولم يبلغنـا أن النبي ﷺ أباحه لهم وهم في بيوتهم ، ولهذا نهاهم عنه غير مرة ثم أباحه لهم في أوقات مختلفة حتى حرمه عليهم في آخر أيامه ﷺ وذلك في حجة الوداع ، وكان تحريم تأبيد لا توقيت فلم يبق اليوم في ذلك خلاف بين فقهاء الأمصـار وأئمة الأمة إلا شيئاً ذهب إليه بعض الشيعة [2]

هذا ما كان في حياة رسول الله ﷺ ترخيص ثم نهي، وترخيص ثم نهي إلى أن نهى عنها نهي تحريم إلى يوم القيامة، ومن هنا حكي عن بعض الصحابة القول بجوازها بعد وفاة رسول الله ﷺ كعبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود . كما حكي عن عمر أنه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ وأنا أنهي عنهمـا وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج ، ويظهر أن أمر النسخ لم يبلغ هذا النفر من الصحابه فأفتى بالأباحة بعد وفاة رسول الله ﷺ وبخاصة إذا ثبت أنه ﷺ أباحها غير مرة عندما يوجد ما يقتضيها ثم ينهي عنها عقب كل مرة عندما يزول السبب .

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١٤ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٧ .

وهذا ما دعا عمر إلى أن يقول مقالته السابقة ، إن صحت .

وأثر عن الأمام الشافعي أنه قال : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة .

ومع ذلك ثبت الأنكار على من أفتى بها بعد رسول الله وقصة إنكار عبدالله بن الزبير على ابن عباس مشهورة حتى إنه توعد من يثبت أنه فعلها بالرجم ولا رجم إلا على الزنا .

وقد روي عن ابن عباس أنه قال ـ لما شاع عنه القول بجوازها المطلق ـ والله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر ، كما حكي عنه أنه رجع إلى ما اتفق عليه الصحابة وصرح بأن قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن » نسخه قوله عز وجل « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » ، كما روي عن ابن مسعود مثل ذلك .

لكل هذا ذهب الجماهير من الفقهاء إلى أن زواج المتعة منسوخ وكل عقد يعقد على صفتها باطل يجب فسخه .

وفي رواية عن الإمام أحمد (غير المشهورة) أنه يكره ويصح [1]

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بقاء مشروعيتها لأنه لم يثبت عندهم نسخها كما يقولون ، وقد كان يكفي جماهير الفقهاء فيما ذهبوا إليه من أنها نسخت بعد الترخيص فيها ما قدمناه من الأحاديث الدالة على ذلك ولكنهم اضطروا إلى الاستدلال بأدلة أخرى مع ما سبق ليقابلوا بها أدلة القائلين ببقاء شرعيتها التي تفيد بظاهرها أنها مشروعة على أنها حكم أصلي لا رخصة أبيحت لضرورة.

وإليك أدلة الفريقين :

استدل الجعفرية أولا بقوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن »

---

(١) حاشية المقنع جـ ٣ ص ٤٨ .

والإستدلال من ثلاثة أوجـــه أحدها : إنه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد .

والثاني أنه أمر بإيتاء الأجور فسمى ما يعطى للمرأة نظير التمتع بها أجرا والمتعة عقد إجارة على منفعة البضع .

والثالث : أنه تعالى أمر بابتاء الأجر بعد الإستمتاع وذلك يكون في عقد الأجارة والمتعـــة فأما المهر فإنما يجب في النـكاح بنفس العقد ويؤخـذ الزوج بالمهر أولاً ثم يمكن من الاستمتاع فدلت الآية على جواز عقد المتعة .

ثانيا : قالوا : إن عبدالله بن مسعود قرأ هذه الآية « فما استمتعتم به منهن « إلى أجل مسمى » وهو صريح في المتعة .

ثالثا : قالو : إن إباحتها مجمع عليها والمجمع عليه قطعي وتحـريمها مختلف فيه والمختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعي .

وأستدل المانعون بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقـوله عز وجـل في وصف المؤمنين « والذين هم لفروجـهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وهي تفيد أن الفروج لا تحل إلا بأمرين الزواج وملك اليمين والمتعة ليست بزواج لأنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري بينهما التوارث ولا تجب بها النفقة كما هو مقرر عند المبيحين للمتعة . واذا لم تكن زواجا لم تكن المتمتع بها زوجة وليست بملك يمين وإلا لجاز بيعها وهبتها . واذا انتفي عنها الأمران المبيحان بقيغيرهما على التحريم يشير إليهٔ قوله جل شأنه بعد ذلك « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » حيث سمى المبتغي بغير هذين الشيئين عادياً فتكون المتعة عدوانا .

وقوله تعالى :« وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله »

ولو كانت المتعة جائزة لم يأمر بالاستعفاف من لا يجد قدرة على نفقات النـكاح .

وأما السنة فقد دلت الأحاديث السابقة على أن رسول الله نهي عن المتعة بعد الترخيص فيها أكثر من مرة وقد قدمنا بعضها .

وأما المعقول: فأن النكاح لم يشرع لقضاء الشهوة فقط بل لأغراض ومقاصد أسمى من ذلك يتوصل به إليها كتحقق السكن بين الزوجـين والنسل وتكوين الأسرة . والمتعة لا تحقق شيئاً من ذلك فلا تكون مشروعة .

المناقشة لأدلتهم :

وأما ما احتج به المجوزون لها فيرد عليه ما يلي :ـ
أما الآية فإنها لا تدل على مدعاهم إلا إذا جعلنا هذا الجـزء منها مستأنفـاً منقطعاً عما قبله وهو لا يصح عربية لأن الفاء تجعل ما بعدها مربوطاً بما قبلها فالعطف بها يأبى قطع ما بعـدها عما قبلها والابتداء بها .

والآية من أولها في النكاح المشروع وهذا يجعـل قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن » في التمتع بالنساء بطريق النكاح لا بالمتعـة ، ولأن الله يقول في آخر الآية « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنـات فمما ملكت أيمانكم إلى قوله « ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خـير لكم » وهو يمنع من دلالة الآية على حل المتعـة ، لأنها لو كانت جائزة لمـا اضطر الناس إلى نكاح الإماء ، وتقييده بخوف العنت وجعـل الصبر على ترك نـكاحهن خيراً من ذلك النـكاح .

فأول الكلام في النـكاح وآخره « ومن لم يستطع منكم طولا » في النكاح أيضاً . فجعل « فما استمتعتم به منهن » في حل المتعة يقطع الكلام عن سابقـه ولاحقـه

وأما قولهم إن الله ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح فلا يفيدهم ، لأن المـراد بـه الاستمتاع بالنـــكاح ، لأن أول الآية وآخرها في النـــكاح فيكون ما بينهما في النكاح وإلا قطع الكلام عن سابقـه ولاحقه وهو يفكك النظـــم الكريم ولا يمنع من ذلك تسمية الواجب أجراً لأن الله سمى المهـر أجراً في غير آية في قـــوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهـلن وآتوهن أجورهن » أي مهورهن » وقـــوله تعالى : « يأيها النبي إنا أحللنـا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن » فقـــد سمي مهر رسول الله أجراً . ولم يرو أن رسول الله تمتع بما أباحه لهم .

وأما قولهم إن الله أمر بإيتاء الأجور بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع فلا يدل على أن المراد المتعـة . لأن الاية جاءت لتؤكد حق الزوجة في تمام المهر متي استمتع بها الزوج ولتزيل من الأفهام ماقـد يظن أن الزوجة لا تستحق تمام المهر إلا بعد تمام الاستمتاع . كما كان سائداً عندهم وكما هو متعارف عند الناس الآن من تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل وأن المؤجل لا يستحق إلا بالموت أو الطـلاق أيهما أقرب ، لأن حق الزوجة في تمام المهر يتأكد بمجرد الدخول .

وأما ما نسب لابن مسعود من قراءة « إلى أجل مسمى » فغير ثابت ، ولو فرض ثبوته فلا يدل على المتعة ، لأن لفظ إلى أجـل مسمى متعـلق بالاستمتاع لابنفس العقد ، والمدة المتعينة في المتعة إنما تكون متعلقة بنفس العقد لابالاستمتاع كما هو مقرر عندهم ، لأنهم جعلوا تعيين الأجل شرطا لصحة العقد ، فإذا لم يعين الأجل فيه لا يكون متعة . ولذلك قالوا : لو وهبها المدة قبل الدخول لزمـه المهـر .

وأما قولهم : إن إباحتها مجمع عليها والمجمع عليه قطعى وتحريمها مختلف فيه والمختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

فالجواب عنه أن الأجماع قائم على أصل إباحتها واستمرارها مختلف فيه فالاستمرار ظني .

ونحن نقول : إن النسخ بالدليل الظني إنما هو لاستمرار الحل لا نفس الحل فيكون من نسخ الظني بالظني . **فان قالوا إن المنسوخ هو الحل وهو مجمع عليه قلنا لهم : إنه بعد رجوع المخالفين من الصحابة عن القول بأباحتها ثم الأجماع على نسخها فتساريا .**

وإذا رجعنا بهم إلى ماقبل الأجماع على إباحتها لنسألهم عن الدليل المبيح لها أولاً لأنهم لا يعترفون بالأجماع كدليل . فأن قالوا : إنها ثابتة بالقرآن . قلنا لهم إن كان ثبوتها بقوله « فما استمتعتم به منهن » فهو لا يدل عليها إلا ظنا على تفسيركم حيث إنها تحتمل معني آخر وهو الاستمتاع بالنكاح ، بل هو الراجح وإذا كانت ظنية في دلالتها جاز نسخها بالسنة الناهية الظنيه في ثبوتها .

وأن قالوا : هى ثابتة بقراءة ابن مسعود وابن عباس (إلى أجل مسمى) قلنا إنها قراءة شاذة - إن صحت - لأنها من أخبار الآحاد ، والقراءة الشاذة ليست قرآنا ولا سنة على رأى فليست حجة ، وعلى القول بأنها حجة (لأنها تؤول إلى السنة المنقوله عن الرسول تفسيراً) فهى حجة ظنية فتصلح الأحاديث لنسخها .

وأن قالوا : إنها ثابتة بالسنة ولم يثبت عندنا نسخها قلنا لهم : إن الأحاديث الواردة بشأنها كما قدمنا ثلاثة أنواع . نوع اقتصر على الترخيص ونوع اقتصر على النهى عنها ، ونوع ثالث جمع بين الترخيص والنهى فلم أخذوا بالنوع الأول فقط وتركوا بقية الأحاديث ؟

فان قالوا: إن هذه الروايات الناسخة مضطربة ، لأنها اختلفت في زمن نسخها قلنا إن هذا ليس اضطرابا ينزل بالأحاديث إلى درجة عدم العمل بها ، لأن غاية

ما فيها أنها بينت أن النهى عنها تكرر أكثر من مرة ، وهذا ليس اضطراباً لأن ذلك يدل على أن رسول الله أباحها أكثر من مرة ، وفي كل مرة ينهى عنها بعد زوال الحاجة ، فكل واحد روى ماسمعه في الوقت الذى سمعه فيه .

وهذا شأن السنة في روايتها . على أنا نقول لهم إنه ثبت عن على كرم الله وجهه أنه قال «لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة» وأنه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها » إنك تائه إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء .

« وأخيراً نقول إن الأحاديث المثبتة لها كلها متفقة على أنها رخصة أبيحت وقت الحاجة الملحة لها فهل وقفتم بها عند دلك وقلتم إنها مشروعة للضرورة فيقتصر عليها ؟

إن المقرر في المذهب الجعفرى انها مباحة في كل وقت ولكل شخص مقيماً كان أو مسافراً [1] ولاحد للعدد المباح فيها ، بل جعلها طريقاً لحل الفروج مثل النكاح وملك اليمين .

ففى كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤١ روى عن الحسن بن زيد قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : « تحل الفروج بثلاثة وجوه نكاح موروث ، ونكاح بلا ميراث ، ونكاح بملك اليمين » .

ولو كانوا وقفوا بها عند رأى ابن عباس المروى عنه قبل رجوعه وهو أنها كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر لكان لهم شبهة في القول بحلها .

وبظهر أن أئمة الشيعة الأوائل كانوا يقيدون حلها بوقت الحاجة .جاء في كتاب

---

(١) ففي من لايحضره الفقية ج ٣ ص ٢٩٤ سئل أبو عبدالله عليه السلام عن المتعة أهي من الأربع قال ولا من السبعين . وفي رواية : هى كبعض إمائك .

وسائل الشيعة [1] إن علي بن يقطين سأل الأمام الرضـا حفيد الأمام جعفر الصادق عن المتعة فقال له : ما أنت وذاك قد أغناك الله عنها .

وسأله آخر فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج فليستعف بالمتعة، فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها ، أي عن زوجته.

وفي كتاب من لا يحضره الفقيه جـ ٣ ص ٢٩٢ : قال الرضا عليه السلام : المتعة لا تحل إلا لمن عرفها وهي حرام على من جهلها كما يظهر من بعض نصوصهم إنها حلال لهم فقط .

جاء في الكتاب السابق ص ٢٩٦ قيل لأبي عبد الله عليه السلام : لم جعل في الزنا أربعة من الشهود وفي القتل شاهدين ؟ قال : إن الله تبارك وتعالى أحل لكم المتعة وعلم أنها ستنكر عليكم فجعل الأربعة الشهود احتياطاً لكم ولولا ذلك لأتى عليكم وقل ما يجتمع أربعة على شهادة بأمر واحد .

وفي ص ٢٩٨ روي عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله تبارك وتعالى حرم على شيعتنا السكر من كل شراب وعوضهم عن ذلك المتعة .

وفي نهاية البحث نضع أمام القارىء صورة لزواج المتعة عند الجعفرية :

هو نوع من النكاح يسمونه النكاح المنقطع ويجعلون له أركاناً وشروطاً فقالوا : إن أركانه أربعة الصيغة والمحل والأجل والمهر . وصيغته تكون بألفاظ ثلاثة : زوجتك ومتعتك وأنكحتك ولا ينعقد بغيرها .

أما المحل فيشترط فيه أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية أو مجوسية على

---

(١) جـ ٣ ص ٧٤ كما نقله الشيخ محمد جواد مغنية في الجزء الخامس من فقه الأمام جعفر الصادق .

أشهر الروايتين ، ولا يصح بالمشركة وما في معناها ويكرة بالزانية ، ويحرم أن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها إلا باذنها . ولا حصر في عددهن في المشهور وفي رواية يتقيد بالأربع .

وأما المهر فهو شرط في عقد المتعة خاصـــة يبطل بفواته العقد ، ويتقدر بالمراضاة قل أو أكثر ، ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه المهر ، ولو دخـل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدة .

وأما الأجل فهو شرط فيه ، فلو لم يذكر انعقد دائما على المشهور، وفي رأي لا ينعقد لا هذا ولا ذاك [1] وتقديره إليهما طال أو قصر .

ومن أحكام هذا العقد :

١ – إنه إذا ذكر الأجل والمهر صح العقد ، ولو أخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد ، ولو أخل بالأجل وحده بطل متعه وانعقد دائماً . ويصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل .

٢ - يثبت به النسب حتى ولو عزل عنها . ولو نفى الولد انتفى ظاهراً ولا يحتاج إلى اللعان كما في الزواج الدائم .

٣ – لا يقع به طلاق إجماعاً بل تبين منه بانقضاء المدة .

٤ – لا يثبت ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه أو أطلقا ، ولو شرطـا التوارث أو شرطه أحدهما قيل يلزم، وقيل لا يلزم والأول أصح .

٥ – لا نفقة للزوجة فيه إلا مع الشرط .

٦ - إذا انقصى أجلها بعد الدخول فعدتها حيضان كعدة الأمة ، وان كانت

---

(١) يقول الشيخ محمد جواد مغنية في كتاب فقه الأمام جعفر جـ ٥ ص ٢٦١ : إن بعض الفقهاء – لم يسمهم – يقول : يقع لغواً لا دائماً ولا منقطعاًلأن ما قصدلم يقعوما وقع لم يقصد.

لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً ، وتعتد من الوفاة ولو لم يدخل بها بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، وبأبعد الأجلين إن كانت حائلا على الأصح .

٧ – تثبت به حرمة المصاهرة فيحرم عليه أمها وبنتها الخ .

فأنت ترى من هذه الأحكام أنه يتفق في بعض أحكامه مع الزواج الدائم ويختلف عنه في بعض أحكامه .

وقد فصل الشيخ محمد جواد مغنية في كتابه فقه الأمام جعفر الصادق [١] أوجه الوفاق وأوجه الخلاف بينهما وخلص من ذلك إلى أنه نكاح يأخذ أحكامه إلا ما استثناه الدليل .

المبحث الرابع

في الزواج المقترن بشرط

المقترن بشرط : وهو ما صدرت فيه الصيغة مطلقة عن التعليق [٢] على

---

(١) جـ ٤ ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) الفرق بين المعلق على شرط والمقترن بالشرط من وجهين :

أولهما : أن المعلق على الشرط تكون فيه أداة من أدوات التعليق كان واذا وما في معناهما . والمقترن بالشرط ليس فيه ذلك .

وثانيهما : أن الأيجاب في التعليق ربط تحققه بتحقق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به، لأن من يقول : تزوجت إن قدم فلان من السفر لم يوجد منه إيجاب في الحال ، بل علق وجوده على قدوم المسافر ، وبعبارة أخرى أن الشرط جزء من الكلام الدال على الرضا بالعقد . وأما المقترن بالشرط فالأيجاب يتحقق وقت التلفظ به والشرط المقترن به ليس جزءاً منه بل ذكر ليفيد أمراً زائداً عما تفيده الصيغة . فإذا جاء القبول وجد إيجاباً يرتبط به بخلاف التعليق فإن القبول لا يجد إيجاباً يرتبط به .

الشرط أو الأضافة إلى المستقبل أو التقييد بوقت لكنها مقترنة بشرط. كأن يقول ولي المرأة للرجل: زوجتك ابنتي على ألا تنقلها من هذا البلد أو ألا تتزوج عليها أو تطلق امرأتك الأخرى فيقول: قبلت زواجها.

أو يقول الرجل للمرأة: زوجيني نفسك فتقول: قبلت بشرط أن تسكنني في بيت خاص أو بشرط أن تعجل لي المهر كله. وما شاكل ذلك من الشروط التي يرى أحد العاقدين أن فيها مصلحة له.

وقد اتفق الفقهاء على أن الشروط المقترنة بالعقد تتنوع إلى نوعين: شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة. واختلفوا بعد ذلك في حد الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به ما هو؟ وفي ثبوت الخيار لشارطه في فسخ العقد إذا لم يوف به من التزمه، وفي تأثير الشرط غير الصحيح في العقد بالفساد مع الاتفاق على إلغائه.

ولما كانت مذاهب الفقهاء متشعبة الآراء في هذه الأمور فسنكتفي ببيان مذهب الحنفية الذي يجري العمل به في جمهورية مصر العربية، وفي لبنان بالنسبة للمسلمين السنيين فيما لم ينص عليه قانون حقوق العائلة، ثم مذهب الحنابلة باعتباره أوسع المذاهب الفقهية تيسيراً في مسألة الشروط وتدور حوله كل مشروعات القوانين التي يراد وضعها في الأحوال الشخصية لأنه يحقق رغبات الناس في الاشتراطات العقدية، ولأنه مصدر قانون حقوق العائلة في هذا الموضوع، ثم مذهب الشيعة الجعفرية لجريان العمل به بالنسبة للجعفريين في لبنان.

مذهب الحنفية: الشرط الصحيح. هو الذي يقتضيه العقد (بأن يكون موجبه حكماً من أحكام العقد)، أو يؤكد مقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به عرف.

كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يعطيها مهراً أو يحسن

معاشرتها ، وكاشتراطه أن تدخل في طاعته فهذه كلها يقتضيها العقد وثابتة ولو لم يشرطها أحدهما .

وكاشتراط ولي المرأة أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة فإن المهر والنفقة من مقتضيات العقد واشتراط الكفالة بهما يؤكد حصولهما .

وكاشتراط الزوج أن يكون له حق الطلاق إذا تعثرت الحياة الزوجية أو اشتراطها أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسها متى شاءت ، فإن هذا الشرط مما ورد به الشرع وأجازه وان لم يكن من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه .

وكاشتراط الزوج أن يدفع لها نصف المهر فقط قبل الدخول وكان عرف بلدهما جارياً بذلك .

وحكم هذا الشرط : أنه يجب الوفاء به ، فان لم يوف به من التزمه لا يثبت الخيار لشارطه في فسخ العقد . لأن فوات هذا الشرط وإن كان مفوتا لرضا شارطه بالعقد إلا أنه لا يؤثر في العقد لأن الرضا عندهم ليس شرطا في صحة العقد لتصحيحهم زواج المكره وليس له رضا هكذا قالوا . ويرد عليهم أنه إذا لم يثبت للشارط خيار الفسخ عند فوات الشرط فما فائدة اشتراطه وتصحيحه .

والشرط غير الصحيح : ما ليس واحداً من تلك الأنواع وان كان فيه مصلحة لأحد العاقدين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من البلد الذي تزوجها فيه ، وكاشتراط الزوج ألا يدفع لها مهراً أو أن تقوم بالأنفاق على البيت ، أو ألا يتوارثا إذا مات أحدهما وكانا مسلمين ، أو أن يتوارثا والزوجة غير مسلمة ، وحكم هذا الشرط أنه يلغو وحده ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة .

وبهذا المذهب يجري العمل في جمهورية مصر العربية لعدم وجود قانون يخالف ذلك .

وأما الحنابلة فيقولون : إن الشرط الصحيح هو ما كان فيه منفعة لأحد العاقدين ما لم يكن مخلا بالمقصود الأصلي من العقد أو ورد من الشارع نهي عنه بخصوصه . سواء كان موافقاً لما يقتضيه العقد أو لا .

كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها ، واشتراطه ألا ينفق عليها أو أن تكون مثقفة أو بكرا وما شاكل ذلك من الصفات التي يرغب في المرأة من أجلها [1] .

وحكم هذا الشرط أنه يجب الوفاء به ، فان لم يوف به من التزمه ثبت الخيار لشارطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط . فاذا لم يتحقق فات رضاه بالعقد ولا زواج مع عدم الرضا ابتداء أو بقاء

والشرط غير الصحيح هو الذي ورد النهي عنه بخصوصه أو كان مناقضاً لمقتضى العقد أو مخلاً بالمقصود الأصلي منه كاشتراط المرأة أن يطلق ضرتها ، فإنه ورد النهي عنه في الحديث « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها » . واشتراط أن يتوارثا مع اختلاف الدين . لحديث « لا يتوارث أهل ملتين » .

وكاشتراط ألا ينجبا أولاداً أو اشتراطها ألا يتمتع بها فإن هذا الشرط مخل بالمقصود الأصلي من العقد .

وحكم هذا الشرط ألا يتقيد العقد به فلا يلزم الوفاء به ويلغي في كل حال . ولا يتأثر به العقد إلا إذا كان الشرط يجعله في معنى الزواج المؤقت كاشتراط

---

(١) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٥٢٦ عند شرط البكارة : كلام أحمد يحتمل أمرين : أحدهما لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة هذا الشرط ، والثاني : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت الخيار . وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج من ذلك كله وجهان .

الطلاق في وقت معين أو كانت طبيعة العقد لا تقبله كاشتراط الخيار .

والمذهب الجعفري كما يؤخذ من كتبهم [1] يقسم الشرط إلى شرط صحيح وشرط باطل .

فالباطل : هو المنافي لمقتضى العقد وطبيعته بالكلية . كاشتراط المرأة ألا يمسها وتكون كالأجنبية تماماً ، وكما إذا شرط تسليم المهر في أجل فان لم يسلمه كان العقد باطلا .

أو ما يكون مخالفاً للشرع . كشرط ألا يتزوج عليها أو لا يطلقها أو لا يصل أرحامه . وحكم هذا الشرط أنه يبطل وحده ويصح العقد ويلزم ، ولا يخرج عنه إلا اشتراط أحدهما فسخ الزواج والرجوع عنه مدة ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل . ففيه يفسد الشرط والعقد معاً على المشهور عندهم .

وما عدا ذلك فهو شرط صحيح كما يؤخذ من تمثيلهم . كأن يشترط أحدهما صفة مرغوباً فيها كالبكارة [2] في المرأة والتدين وحسن الخلق في الرجل .

وكاشتراطها : ألا يخرجها من بلدها أو يسكنها في مسكن معين وما شابه ذلك .

وحكم الشرط الصحيح أنه يجب الوفاء به ، فان تحقق لزم العقد ، وإن تخلف ثبت الخيار لمن اشترطه في فسخ العقد . وهذا المذهب كما ترى موافق

---

(١) راجع شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٣٣ وما بعدها، والمختصر النافع ص ٢١١ وما بعدها، وفقه الأمام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية جـ ٥ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) يحكى في كتبهم الخلاف في لزوم اشتراط البكارة . ففي شرائع الإسلام . لا يلزم وليس له فسخ أن وجدها ثيباً ولكن له أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر والثيب ويرجع فيه إلى العرف . وفي فقه الإمام جعفر : يلزم الشرط ويثبت له الحق حق الفسخ ولعلهما رأيان عندهم .

لمذهب الحنابلة في جملته . حيث توسع في الشروط الصحيحة . وضيق دائرة الشروط الباطلة ، وجعل فوات الشرط الصحيح مثبتاً لخيار الفسخ ، وقضى بإلغاء الشرط الباطل وحده مع صحة العقد إلا في اشتراط خيار فسخ الزواج . وإن اختلف معه في صحة بعض الشروط أو بطلانها تبعاً لاختلاف النظر في تطبيق الأصل في الصحة والبطلان .

وأما قانون حقوق العائلة فتنص المادة ٣٨ على أنه « إذا تزوج رجل امرأة وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانيه طالق فالعقد صحيح والشرط معتبر » .

فقد أخذ في هذا بمذهب الحنابلة ، ويبقى بعد ذلك هل المعتبر في غير هذا الشرط المنصوص عليه في المادة مذهب الحنفية كما هو الأصل في كل ما سكت عنه القانون أو مذهب الحنابلة ؟

الظاهر أن مسألة الشروط موكولة لمذهب الحنابلة باعتباره المذهب الميسر في هذا الباب،ولئلا يضطرب التطبيق،وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للمسلمين سنيين وجعفريين يكاد يكون موحداً لتقارب مذهب الجعفرية من مذهب الحنابلة .

اشتراط الخيار في الزواج :

هذا والزواج لا يثبت فيه خيار الشرط بالاتفاق لم يخالف في ذلك – فيما نعلم – أحد من الفقهاء .

لأن هذا العقد وضع لأفادة حل التمتع في الحال . وخيار الشرط ينافيه ، ولأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومعرفة كل واحد من الزوجين صاحبه ، ولأن ثبوت الخيار يفضي إلى فسخه بعد العقد وفي هذا ضرر كبير بالمرأة وبخاصة إذا كان بعد الدخول .

وبعد اتفاقهم على فساد هذا الشرط اختلفوا في أثره في العقد .

فالحنفية على أصلهم أن الشروط الفاسدة لا تؤثر في عقد الزواج ويقولون بإلغاء الشرط وصحة العقد .

والحنابلة والجعفرية على المشهور عندهم يذهبون إلى أن العقد يفسد مع هذا الشرط لأن الزواج لا يقبل الإقالة فلا يقبل الفسخ فيكون هـذا الشرط منافياً لطبيعته [1] .

وكذلك لايثبت فيه خيار الرؤية فيما لو تزوجا ولم يكن أحدهما رأى الآخر لأن الأصل في عقد الزواج أن يكون لازماً ، وثبوت خيار الرؤية يجعله غير لازم .

على أننا لسنا في حاجة إلى إثباته ما دام الشارع قد أباح النظر عند الرؤية بل أمر به ورغب فيه . وكذلك لا يثبت فيه خيار العيب حتى ولو اشترط كل منهما أو أحدهما سلامة الآخر من العيوب . فيصح العقد ويلغى الشرط عند الحنفية ، لكنهم جعلوا للزوجة الحق في رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد إذا وجدت بزوجها بعض العيوب التي لا يتحقق معها أغراض الزواج كالجب والعنة ولم يجعلوا هذا الحق للزوج إذا وجد بها عيباً يمنع تحقق أغراض الزواج ، لأنه يستطيع أن يتخلص منها بالطلاق .

وخالف الحنابلة في ذلك فأثبتوا لكل من الزوجين الخيار اذا وجد عيباً بالآخر يمنع المخالطة الجنسية سواء كان العيب في محلها أو لا كالأمراض المنفرة كالجذام والبرص والجنون وغيرها [2] وسيأتي في بحث الطلاق بيان آراء الفقهاء في ذلك تفصيلا إن شاء الله .

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٣٦ ، وفقه الإمام جعفر للشيخ محمد جواد مغنية جـ ٤ ص ١٨٧ .

(٢) قالوا إن العيوب المجوزة للفسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص واثنان يختصان بالرجل هما الجب والعنة وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن والعفل . المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٤١ .

البَابُ الثالث

في

المحرمات من النساء

وفيه مباحث

تمهيد

قدمنا أن محل عقد الزواج هو المرأة، وأن من شروطه ألا تكون المرأة محرمة تحريماً قطعياً أو ظنياً فكان في هذا إشارة إلى أن من النساء محللات ومحرمات .

والأصل في النساء الحل لهذا العقد . بمعنى أن المرأة من حيث هي امرأة محل للزواج . غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنع زواجها منه بينما تحل لغيره . وهذا الأمر قد يكون لازماً لها لا يفارقها فتكون محرمة عليه تحريماً مؤبداً. كأمه مثلا. فإن الأمومة وصف لازم إذا ثبت لا يزول، وقد يكون غير لازم يزول في وقت من الأوقات لأنه وصف طارىء فتكون محرمة عليه تحريماً مؤقتاً كزوجة الغير ، فإن زوجيتها تنتهي في وقت ما فتحل له .

والمحرمات على وجه العموم محصورات في عدد معين وما عداهن محللات .

ولذلك عد القرآن المحرمات لقلتها وأتبع ذلك بقوله : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

الفَصْل الأوَّل

في المحرمات على التأبيد وأسباب تحريمهن

وفيه مباحث

المحرم على التأبيد واحد من أسباب ثلاثة :

١ — النسب :ويراد به هنا القرابة القريبةويعبر عنصاحبها بذي الرحم المحرم أي صاحب قرابة يحرم الزواج به .

٢ — المصاهرة :وهي العلاقة التي تترتب على عقد الزواج وما ألحق به .

٣ — الرضاع .

المبحث الأول

في المحرمات بالنسب

يحرم بهذا السبب أصنافاً أربعة :

الأول : أصول الرجل من النساء ،ويبدأ هذا الصنفمن الأمويستمر صاعداً في الجدات سواء كن من جهة الأم أم من جهة الأب منهما علت درجتهن .

الثاني : فروعه . أي ما تفرعن عنه كبناته وبنات بناته وبنات أبنائه مهما نزلت درجتهن .

الثالث : فروع أبويه من النساء كأخواته وبناتهن وبنات إخوته مهما نزلت درجتهن يستوى في ذلك الأخوة والأخوات من جهتين أو من جهة واحدة .

الرابع : فروع الأجداد والجدات المنفصلات بدرجة واحدة، أي الفروع المباشرة فقط وهن العمات والخالات سواء كن عمات وخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه أم لأحد أجداده وجداته أما الدرجة الثانية من هذا الصنف وما بعدها فهن حلال له ، كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات .

والدليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » النساء : ٢٣ .

فهذه الآية دلت على تحريم تلك الأصناف كلها . وهذا ما فهمه أصحاب رسول الله وهم العرب العارفون بدلالة الألفاظ العربية على معانيها وأساليبها المختلفة لذلك لم يؤثر أن أحداً منهم سأل رسول الله عن بيان شي غامض في هذا الجزء من الآية .

وإذا استعرضنا هذه الآية وجدناها عبرت عن الصنف الأول بكلمة « أمهاتكم » والأم في لغه العرب كما تطلق على من ولدت الشخص مباشرة تطلق على الجدة أيضاً باعتبارها أصلا له ، لأن الأم عندهم هي الأصل [1] . فمعنى هذه

---

(١) وهذا تعبير شائع عندهم جاء به القرآن والسنة . يقول جل شأنه هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وآخر متشابهات الآية فقد جعلت المحكمات أما للكتاب أي أصلا يرجع إليه في تأويل المتشابهات وبيان المراد منها متى أمكن ، ويقول رسول الله في شأن الخمر . الخمر أم الخبائث أي أصلها .

الجملة حرمت عليكم أصولكم من النساء .

وقد انعقد الأجماع بعد رسول الله على أن هذا هو المراد منهـــا فحرمت الأمهات والجدات ولم يعد في هذا مجال للاجتهاد . على أن التحريم يقوم على قرب القرابة . وقد صرحت الآية بتحريم العمات والخالات وهن في القرابة أبعد من الجدات ، فيدل هذا الجزء من الآية على تحريم الجدات بدلالة النص لأنهن أولى بالتحريم من العمات والخالات للمعنى الذي من أجله كان التحريم .

ودل على تحريم الصنف الثاني قوله «وبناتكم» «والبنات في لغة العرب هن فروع الرجل من النساء ، والمعنى وفروعكم ، ولهذا انعقد الأجماع على أن المراد بالبنات الفروع فيتناول بنات الأبناء وبنات البنات مهما نزلن ، على أن الآية صرحت بتحريم بنات الأخ وبنات الأخت وهن أبعد من بنـــات الأبن وبنات البنت ، فتدل الآية على تحريمهن بطريق دلالة النص .

وحرم الصنف الثالث بمجموع قوله « وأخواتكم » وقوله « وبنات الأخ وبنات الأخت » وهو واضح .

وأما الصنف الرابع فدل عـــلى تحريمه قوله « وعماتكم وخالاتكم » وكل من ينفصل عن الجد بدرجة يطلق عليه عمة أو خالة مهما علا الجد .

وقد اقتصرت الآية عليهن ولم تتعرض لبناتهن فبقين على الحل لدخولهن تحت قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

على أنه قد ورد التصريح بحلهن في قوله تعالى « يأيها النبي إنا أحللنا لـــك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك » الأحزاب/٥٠.

والأصل أن ما أحل لرسول الله يكون حلالاً لأمته إلا ما قام الدليل على اختصاصه به ولم يوجد هنا دليل يدل على هذا الاختصاص .

تنبيه :

اختلف الفقهاء في المخلوقة من ماء الزنا هل تحرم على أبيها أولا ؟

فذهب الشافعي إلى أنها لا تحرم عليه ،فيجوز له زواجها لأنها أجنبية منه ولا تنسب اليه شرعاً ،ولا يجري التوارث بينهما ،ولا تلزمه نفقتها فلا تحرم عليه كسائر الأجانب .

وذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة والجعفرية والمالكية في الأصح عندهم إلى أنها تحرم عليه ،فلا يجوز له التزوج بها . لأنها أنثى مخلوقة من مائه حقيقة ،تكون جزءاً منه كبنته من النكاح فيشملها النص بعمومه ،ولذلك تسمى بنته لغة وعرفاً ،والأحكام تتبع الأسماء ،وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً لأنها لا ترثه إذا كانت رقيقة مملوكة للغير أو اختلف دينها عن دين أبيها بالاتفاق ، وإذا قام الدليل على خروج بعض الأحكام يبقى ما عداه ، فلا خلل في أضافتها إليه [1] . وهذا هو الرأي الراجح في نظرنا وبخاصة أن الحرمة ممـا يحتاط في إثباتها إذا دارت بين الأثبات والنفي .

والحكمة في تحريم هؤلاء تتجلى في الأمور الآتية :

أولاً — أن عقد الزواج مشروع لإنشاء وصلة بين الرجل والمرأة لتنشأ عنها ألفة ومودة ، والوصلة موجودة في القرابة المحرمية على أكمل ما تكون الوصلة فلا حاجة إلى إنشاء وصلة جديدة من نوع آخر .

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٠ وعبارته :من زنى بامرأة فحملت منه ببنت فأنها تحرم عليه وعلى أصوله وفروعه وإن حملت بذكر حرم على صاحب الماء تزوج بنته كما يحرم على الذكر تزوج فروع أبيه من الزنا وفروعه . والمنهاج بحواشيه ج ٣ ص ٢٤١ ، والمغنى ج ٦ ص ٧٨ وفقه الأمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٠٢ والبدائع ج ٦ ص ٢٥٧ .

ثانياً – أن الاختلاف بين الوصلتين يجعل من المتعذر اجتماعهما ، فوصلة القرابة المحرمة أساسها الاحترام والمحبة البريئة ، وهذا يقتضي الوقار والاحتشام. فوق أنها تنشأ دائمة لا تنقطع ، لأن الشارع حض على المحافظة عليها وحذر من قطعها بأي سبب كان .

ووصلة الزواج أساسها المتعة واللذة ، ومع هذين لا وقار ولا احتشام. وهي وإن كانت تنشأ أول الأمر للدوام والاستقرار إلا أنها عرضة في أي وقت للقطع والأنهاء بالطريق المشروع إذا ما استحكم النزاع وباءت الحياة الزوجية بالفشل .

مع أن القرابة توجب التراحم من الجانبين لا في مقابلة بدل ، أما العلاقة الزوجية فتقوم على تبادل الحقوق والواجبات بين طرفيها ولعنصر المال دخل في هذه المبادلة .

وفي بعض الصور تتناقض الحقوق تماماً فيما لو تزوج الابن أمه فأنها بحكم أمومتها لها السلطان على ابنها : وهذا يوجب عليه الطاعة بأكمل معانيها ، وبحكم أنها زوجة يجب عليها الطاعة والخضوع لزوجها . وبهذا تنقلب الأوضاع فيصير من له الطاعة عليه الطاعة .

ثالثا – أن أباحة الزواج من هولاء تقتضي الحكم عليهم بالتباعد وتحريم الاختلاط بينهم لئلا يكون الاختلاط وسيلة إلى أن يتولد في نفوسهم طمع بعضهم في بعض فتكون المفاسد التي لا حد لها ، وفي تحريم اللقاء والاختلاط بينهم من الحرج ما لا يخفى . وأي حرج في منع لقاء الرجل بابنته أو الاختلاط بأمه وأخته أو عمته أو خالته ؟ فلم يكن ثمة طريق لرفع هذا الحرج ودفع تلك المفاسد غير تأبيد التحريم لتنقطع الأطماع وتفتر الرغبات ويلتقي الجميع ويختلطون في أمان .

رابعاً – إن أباحة الزواج من هؤلاء تثير التنازع بين الأخوة والأقارب

التنافس على الزواج بهن .

وأي نزاع أقبح من أن يتنازع أخوان على التزوج بأختهما ، أو يتنازع أب يريد التزوج بابنته مع ابنه الذي يرغب في التزوج بها .

وبعد هذا كله فإن الفطرة السليمة تأبى أن يفترش الأب ابنته أو الابن أمه أو الأخ أخته .

وكيف يستسيغ ذلك الأنسان العاقل مع أن بعض الحيـــوانات لا تطلب أليفها إلا من غير بيتها ؟؟

المبحث الثاني

في المحرمات بالمصاهرة

يحرم بهذا السبب أصناف أربعة :

الأول ـ أصول الزوجة من النساء كأمها وجداتها من جهة الأم أو الأب في أي درجة سواء دخل بالزوجة أولا .

الثاني ـ فروع الزوجة التي دخل بها من النساء كبناتها وبنات أبنائهما وبنات بناتها مهما نزلت مرتبتهن فإن لم يدخل بها لا تحرم فروعها .

الثالث ـ زوجات أصوله ، كزوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو الأم مهما علت مرتبتهن وجد دخول بهن أولا .

الرابع ـ زوجات فروعه كزوجة ابنه وزوجات أبناء ابنه وأبناء بنته وجد دخول بهذه الزوجات أولا إذا كانت الفروع تفرعن عن صلبه ، أمـا البنوة بالتبني فلا أثر لها في التحريم .لأن الأسلام أبطل التبني الذي كان في الجاهلية وألغى أحكامه .

وتحريم هذه الأصناف ثابت بالقرآن .

أما الأولى فبقوله تعالى : « وأمهات نسائكم » فإنه معطوف على قوله سبحانه « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون معناه: وحرمت عليكم أمهات نسائكم، وكلمة الأمهات هنا تتناول الأم المباشرة والجدات كما سبق بيانه، والآية لم تقيد التحريم بالدخول فيبقى على إطلاقه، وعليه تحرم أم الزوجة وجداتها بمجرد العقد عليها .

أما الثاني فبقوله جل شأنه : « وربائبكم اللاتي في حجوركم [1] من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فإنه معطوف كذلك على أول الآية وهو صريح في تحريم بنات الزوجة ، لأن الربائب جمع ربيبة وهي بنت امرأة الرجل من غيره ، وسميت بذلك لأن الرجل يقوم بتربيتها ورعاية شؤونها عادة ، ومن هنا وصفت بكونها في الحجور تبعاً للغالب . فالوصف لا مفهوم له فلا يدل على حلها إذا لم تكن في الحجور . والآية نفسها أشارت إلى عدم اعتباره قيداً في التحريم لأنها تقول بعد ذلك : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» فاقتصرت في بيان الحكم المقابل للأول على حالة تخلف الدخول، ولم تتعرض لكون الربائب في غير الحجور ، ولو كان شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول بل لقال ولم يكن في حجوركم [2] والآية بعبارتها تحرم بنات الزوجة ، أما بنات أولادها فثبت تحريمهن بالإجماع . والسر في التفرقة بين النوعين حيث جعل تحريم الأم وما فوقها بمجرد العقد ، وتحريم البنت وما تحتها بالدخول بأصلها. حتى قرر الفقهاء قاعدة تقول: «العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات » .

إن الأم بطبيعتها السليمة تؤثر بنتها بالزواج على نفسها فما دام الزوج لم يدخل

---

(١) الحجر الحضن وهو مكان ما يحجره ويحوطه الإنسان في صدره بين عضديه وساعديه

(٢) راجع تبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٠٢ .

بها تطيب نفسها أن تتخلى عنه لابنتها ، لأنها ترى في سعادة ابنتها سعادة لهـا ، بل إنها تستعذب الشقاء من أجل أن تسعد بناتها، وأما بعد الدخول فيبعد ذلك لأنها بعد أن استوفت حظوظ الزواج لا تطيب نفسها بالتخلي عن زوجها لأبنتها على أنه بعد الدخول بها تصبح بنتها كبنت الزوج ضرورة المخالطة بينهما .

بخلاف البنت فإنه ليس من طبعها أن تؤثر أمها على نفسها، فإذا عقد عليها ثم طلقها وتزوج أمها حقدت على أمها التي سعدت بهذا الزوج الذي كان سبباً في شقائها .

على أن من طبع البنت عدم الرضا بزواج أمها بغير أبيها .

وأما الثالث : فثبت تحريمه بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا » النساء / ٢٣ ، فهذه الآية تحرم زوجات الآباء بعبارتها الصريحة وزوجات الأجداد باعتبار أن اسم الأب يطلق لغة على الأصـل المذكر سواء كان مباشراً أو غير مباشر فيكون معناها « ولا تنكحوا ما نكح أصولكم من النساء » وقد انعقد الأجمـاع على تحريم زوجات الأجداد .

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالنكاح في هذه الآية . فيرى البعض أنه العقد وهم الشافعية ومن وافقهم ، ومنهم من يرى أن المراد به المخالطة الجنسيـة سواء كانت حلالاً أو حراماً وهم الحنفيـة ومن وافقهم حتى قالوا : إذا زنى الأب أو الجد بامرأة حرمت على فروعه . والمسألة خلافية سيأتي تفصيلها .

وأما الرابع : فتحريمه ثابت بقوله جل شأنه في سياق عداد المحرمـات : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحلائل جمع حليله وهي الزوجة ويثبت ذلك بمجرد العقد حتى ولو لم يعقبه دخول . ولفظ الأبناء شامل لكل من تفرع عنه من الذكور فتحرم زوجات الفروع مطلقاً .

ولا يقال: إن التقييد بكونهم من الأصلاب يقصر التحريم على زوجات أبنائه فقط دون زوجات أبناء أبنائه وأبناء بناته . لأن لفظ الأبنـاء في لغة العرب يشمل هؤلاء . إذ يراد به كل من يتصل به بصلة الولاد ، والتقييد لأخراج حلائل الأبناء بالتبني، وقد كانت عادة التبني فاشية في العرب عند نزول القرآن فأبطل الله هذه العادة وبين أنها لا تثبت نسباً ولا غيره بقوله تعالى: «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم » الأحزاب ٤ ، ٥ .

ويرى بعض الفقهاء أن قيد الأصلاب في الآية قصد به إخراج الأبنـاء من الرضاع فلا تحرم زوجاتهم لأن الأبن من الرضاع ليس من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة [١] وإن كان جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن زوجة الأبن من الرضـاع محرمة كزوجة الأبن من النسب وسيأتي، لذلك مزيد بحث عند الكلام على المحرمات بسبب الرضاع. وليلاحظ هنا أن مجرد العقد الصحيح محرم لهذه الأصناف ما عدا فروع الزوجة فإن شرط التحريم فيه الدخول بها كما بينا . أما العقد الفاسد فلا تثبت به حرمة المصاهرة إلا إذا أعقبه دخول كما سيأتي قريباً .

وينبني على هذا أنه لو عقد زواجه على امرأة وقبل أن يدخل بها طلقها حرم عليه زواج واحدة من أصولها، كما تحرم هي على أصوله وفروعه لكنه لا يحرم عليه أن يتزوج ببنت من فروعها ، ولو مـــات عنها قبل أن يدخل بها حرمت على أصوله وفروعه ، وتبين لنا أن حرمة المصاهرة تثبت بأحد أمرين . العقد أو الدخول .

أما العقد فلا بد أن يكون صحيحاً سواء كان من الصغير أو الكبير .

---

(١) راجع زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ ص ١٤ فانه رجح هذا الرأي بعدة أدلة .

أما الدخول فان كان بعد عقد صحيح فلا كلام فيه. وقد عرفنا أنه شرط في تزوج المرأة بالنسبة لفروعها كما ورد النص بذلك، ويشترط فيه أن يكون ممن يتصور منه ذلك كالبالغ فإن كان من غيره لا يحرم.

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد به هل هو المخالطة الجنسية كما يرى بعض الفقهاء. لأنه حقيقة فيها فلا يعدل عنها إلا بدليل، أو المراد به ما يشمل المقدمات من اللمس بشهوة والتقبيل والنظر إلى العضو المخصوص كذلك كما يرى البعض الآخر إقامة لما يدعو إلى الشيء مقامه، بل إن المالكية ذهبوا إلى أن الخلوة تقوم مقامه [1]، والجعفرية لهم رأيان رأي بثبوت التحريم باللمس والنظر، ورأي بأنه لا يثبت بهما تحريم بل الكراهية فقط.

هل يشترط في الدخول الموجب لحرمة المصاهرة أن يكون حلالا ؟

اتفق الفقهاء على أنه **لا يشترط أن يكون حلالا من كل وجه**، بل يكفي أن يكون فيه شبهة الحل. لذلك اتفقوا على أن الدخول بشبهة يحرم المصاهرة. كما إذا عقد على امرأة عقد زواج فاسد كالزواج بغير شهود، أو عقد على إمرأة لم يرها فزفت إليه امرأة وقيل له: هـــذه زوجتك ثم تبين أنها ليست هي أو قصد امرأته فكانت غيرها [2] **وإنما ثبت بذلك حرمة المصاهرة لأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل به محرما**

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩ فقد صرح بأن مبنى الخلاف هو هل المفهوم من اشتراط الدخول في الآية « اللاتي دخلتم بهن هو الوطء أو التلذذ بما دونه من اللمس وغيره.

(٢) المالكية يقولون: أن العقد المختلف في فساده يفيد حرمة المصاهرة أما المجمع على فساده فلا يحرم إلا بالدخول. وفسروا الوطء بشبهة الذي يفيد حرمة المصاهرة بأنه الوطء غلطا فيمن تحل في المستقبل كوطء أخت زوجته، أما إذا كانت لا تحل له في المستقبل كبنت زوجته فلا يوجب حرمة المصاهرة لأنه ليس وطأ بشبهة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١

لمن حرمت عليه من أصول المرأة وفروعها فلا يباح له بـــه النظر إليهن ولا الاختلاط بهن ، لأن الوطء ليس بمباح بأطلاق .

حتى إنه لا يباح له النظر إلى المرأة التي كانت سبباً ولا مخالطتها فلا يباح له النظر إلى غيرها بطريق الأولى . وكذلك من جانب المرأة لا يباح لها النظر إلى أصول الرجل وفروعه ولا مخالطتهم .

ولأن المحرمية نعمة لا تنال إلا بطريق مباح من كل وجه لأنها إباحة[1].

وبهـــذا يفترق عن الوطء الحلال فإنه يفيد الأمرين . حرمة المصاهرة وثبوت المحرمية .

أما الوطء الحرام من كل وجه وهو الزنى فهو موضع اختلاف الفقهاء . فذهب جماعة من فقهـــاء الصحابة والتابعين إلى أنه يحرم وهو مذهب الحنفية والصحيح عند الحنابلة ورأى للجعفرية [2] فمن زنى بامرأة حرم عليه أصولها وفروعها وحرم عليها أصوله وفروعه . بل إن الجعفرية يذهبون إلى أن المزني بها تحرم على الزاني تحريما مؤبداً إذا كانت وقت الزنى متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي .

وذهب آخرون إلى أنـــه لا يثبت حرمة المصاهرة وهو مذهب الشافعي

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٦٠ (المغنى جـ ٦ ص ٥٧٧ ، حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٥٢ ، شرح المنهاج بحاشية القليوبي جـ ٣ ص ٢٤٣ .

(٢) قال صاحب الجواهر عنه : « وفاقاً للأكثر بل هو المشهور » ، وقال صاحب المختصر : اختلفوا فيه والأشبه أنه لا يحرم وسواء صح هذا أو ذاك . فالقول بأنه محرم مقيد بمـــا إذا كان الزنى قبل العقد. أما إذا طرأ الزنى على العقد بأن زنى الرجل بأم زوجته أو ببنتها فلا تحريم به لزوجته . لقاعدة لا يحرم الحرام الحلال . راجع المختصر النافع وفقه الأمـــام جعفر لمحمد جواد مغنية جـ ٥ ص ٢٠١ .

والمعتمد في مذهب المالكية [1] فيجوز له أن يتزوج بأي امرأة من أصول المزنى بها وفروعها . كما أن لها التزوج بأي فرد من أصوله وفروعه .

وأساس الخلاف في هذه المسألة هل سبب التحريم هو مجرد الوطء أو الوطء بقيد الحل ؟

فالفريق الأول يرى أنه الوطء المجرد ولا أثر لكونه حراماً أو حلالاً بدليل أن الزوج لو دخل بزوجته في وقت منع فيه من قربانها كما إذا كان صائماً أو كانت حائضاً أو نفساء كان هذا الدخول مثبتاً لحرمة المصاهرة لمن شرط في حرمتها الدخول وإن كان حراماً . فإذا فارق زوجته حرم عليه التزوج بواحدة من فروعها بالاتفاق فعلم بذلك أن المحرم هو الوطء مجردا عن كونه حلالا أو حراما . فاذا قلنا إن الزنى يوجب حرمة المصاهرة لم نرتب الحكم عليه باعتباره زنى محرما بل باعتباره مجرد وطء :

وفي قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » دلالة على ذلك لأنه وصفه بكونه فاحشة ومقتا وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء لا نفس العقد .

ولأن الوطء الحلال إنما كان محرما للبنت باعتبار أنه يصير جامعا بين المرأة وبنتها في الوطء من حيث المعنى، لأن وطء الثانية منهما يذكره وطء الأولى فيصير كأنه قاض وطره منهما جميعاً وهذا المعنى موجود في الوطء الحرام فيأخذ حكم الأول .

ولقد روي عن رسول الله أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج

---

(١) لأنه المروي عن مالك في الموطأ .

امرأة وابنتها » وفي رواية « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وهـــذا المعنى كما يوجد في الحلال يوجد في الحرام

والفريق الثاني يرى أن المحرم هو الوطء الحلال ، أما الحرام فلا أثر له في ذلك .

واستندوا في ذلك إلى حديث يروى في هذا الموضوع . وهو أن رسول الله سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج بنتها فقـــال : « لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من نكاح » .

ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولأن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب فلا تنال بالمحظور

وورد على هذه الأدلة : أن الحديث ضعيف ضعفه غير واحد من المحدثين بل قيل : إنه ليس من كلام الرسول ، فمرة نسب لابن عباس وهو مـــن المانعين لثبوت الحرمة بالزنى ، وأخرى كما يقول الإمام أحمد : إنه من كلام بعض قضاة العراق، ومع هذا التضعيف والاختلاف في النسبة لا يصلح للاحتجاج به .

أما القياس فيرد عليه أن الوطء بشبهه محرم للمصاهرة بالاتفاق ولا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يصلح دليلا ، ويقال لهم في دليلهم الثالث وهو أن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب فلا تنال بالمحظور :

إن تحريم الزواج هنا بالزنى ليس فيه إلا مجرد منع زواج كل مـــن الزاني والزانية بأقارب الآخر دون أن يحل لواحد منهما النظر والاختلاط، فليس فيه إلحاق الأجانب بالأقارب حتى يكون نعمة يقال عنها إنها لا تنال بالمحظور .

على أنهم اتفقوا مع غيرهم على ثبوت الحرمة بالوطء بشبهة وليس مباحاً لكنه لوجود الشبهة، يسقط عنه الحد .

أما أدلة الفريق الأول فإنها لم تسلم الأخرى من المناقشة لأنها تؤول إلى جعل الدخول الحرام كالدخول الحلال .

وقد قال الشافعي في مناظرته مع محمد بن الحسن: إن الزواج أمر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فكيف يشتبهان ؟

ونحن نرى أن مذهب الحنفية فيه غلو من جهة أنهم توسعوا في أسباب التحريم حيث جعلوا مجرد المس بشهوة والتقبيل موجباً للتحريم . ولكنه من ناحية أخرى يسد منافذ الفساد في المجتمع وبخاصة بعدما أصبح الاختلاط بالأجنبيات أمراً عادياً في العرف الفاسد ، وأن الرجل قد يدخل على المرأة ويختلي بها خلوة محرمة تحت ستار التزوج بابنتها ، فلو علم هؤلاء أن مخالطة المرأة في حرام يحرم عليه ابنتها إلى الأبد أو أن قربان أم امرأتـه يحرم عليه زوجته إذا كان متزوجاً بابنتها لكفوا عن مهازلهم .

حكمة التحريم لتلك الأنواع الأربعة بسبب المصاهرة . هي أن المصاهرة رابطة كرابطة النسب ، فإن المرأة إذا تزوجت من رجل أصبحت فرداً من الأسرة. أبوه كأبيها، وابنه كابنها، ومثلها في ذلك الرجل فبزواجه تصبح أم زوجه كأمه وبنتها كبنته ، وهذا ما ينادي به عرف الناس وواقع حياتهم .

وإذا وجدت هذه الرابطة كان الاختلاط بين هؤلاء ضرورياً فالابن يخالط زوجة أبيه ، والأب يخالط زوجة ابنه، والأم لا تستغني عن مخالطة زوج بنتها ، وكذلك البنت مع زوج أمها .

فلو أبيح لهؤلاء الزواج لتولد في نفوسهم الطمع في العلاقات غير المشروعـة نتيجة حتمية للمخالطة الضرورية ولم يكن ثمة علاج لقطع تلك الأطماع غـــير التحريم المؤبد .

على أن تحريم هؤلاء مانع من وقوع النزاع بين الأقارب ، فلو أبيح للرجـل

أن يتزوج مطلقة ابنه وللأبن مطلقة أبيه ، وللرجل أم مطلقته أو بنتها وقد يكون لمطلقها رغبة في إعادتها لو أبيح ذلك لشحنت النفوس بالبغضاء وتقطعت الصلات وحلت العداوة محل المحبة ، والإسلام حريص على الأبقاء على علاقة القريب بقريبه سليمة من كل ما يعكر صفوها .

هذا في الزواج الذي ينشيء علاقة كعلاقة النسب .

أما الدخول بشبهة وما ألحق به من الدخول الحرام (الزنى) فهو وإن لم ينشيء علاقة قرابة ولا يبيح النظر والاختلاط فالتحريم به يقضي على الشك الذي يساور النفوس ، فإن المرأة إذا تزوجت بمن خالط بنتها أو أمها مخالطة غير مشروعة قبل أن يتزوجها تعيش قلقة من احتمال عودته إلى فعلته وبخاصة إذا ما أصبحت قريبة منه يخالطها ويختلي بها بعد الزواج .

والرجل الذي يتزوج امرأة بعد أن خالطها أبوه أو ابنه مخالطة غير مشروعة يعيش في شك مستمر لأن هذا الزواج يقرب تلك المرأة ممن زنى بها .

وهل مع هذا الشك أو ذاك القلق تستقر حياة زوجية ويتحقق بها السكن والمودة ؟

وهل لهذا من علاج غير التحريم المؤبد للزواج بهؤلاء ؟

المبحث الثالث

في المحرمات بالرضاع

يحرم بالرضاع أصنافاً ثمانية : الأربعة المحرمة بسبب النسب ولا خلاف فيها بين الفقهاء ، والأربعة المحرمة بسبب المصاهرة ، وقد خالف فيها بعض الفقهاء وسنبين وجهة نظرهم عند الاستدلال . وإليك تفصيل هذه الأصناف :

الأول – أصول الشخص من الرضاع : وهن أمه وأم أمه وأم أبيه من الرضاع مهما علت درجتهن ، فإذا رضع طفل من امرأة حرم عليه الزواج بمن أرضعته لأنها صارت أما له ، وكذلك بأم أمه وان علت وأم أبيه رضاعا وهو زوج المرضعة مهما علت درجتها لأنهن صرن جدات له كما يحرم عليه ذلك من النسب .

الثاني – فروعه من الرضاع : وهن بنته وبنت بنته وبنت ابنه من الرضاع وان نزلن . فاذا رضعت طفلة من امرأة صارت ابنة لزوج المرضعة الذي كان سبباً في إدرار لبنها فيحرم على ذلك الرجل التزوج بهذه البنت وفروعها ، ولو كان الرضيع طفلا صار ابنا له فيحرم عليه التزوج ببناته وبنات أولاده مهما نزلن كما يحرم ذلك من النسب .

الثالث – فروع أبويه أي اخواته وبناتهن وبنات أخوته من الرضاع مهما نزلت درجتهن يستوي في ذلك من رضع معه أو قبله أو بعده لأنه برضاعه صار أخاً للجميع .

الرابع – فروع جديه من الرضاع في الدرجة الأولى فقط وهن عماته وخالاته من الرضاع ، لأنه برضاعه صارت أخوات المرضعة خالات له وأخوات زوجها عمات له فيحرم عليه التزوج بواحدة منهن كما يحرم ذلك من النسب ، وأما بناتهن فهن حلال له كما في بنات الخالات والعمات من النسب .

الخامس – أصول زوجته من الرضاع وهن : أمها وجداتها من جهة الأب والأم فيحرم عليه التزوج بواحدة منهن بمجرد العقد عليها سواء دخل بها أو لم يدخل كما يحرم ذلك من النسب .

السادس - فروع زوجته : وهن بناتها وبنات أولادها من الرضاع وان نزلت درجتهن . فإذا تزوج رجل امرأة كانت متزوجة قبله بآخر وأرضعت طفلة فإن هذه الطفلة بنتها من الرضاع وتصير بالنسبة له بنت زوجته فتحرم عليه إذا دخل بأمها كما يحرم عليه التزوج باحدى فروعها من الأناث مثل ما يحرم عليه بناتها من النسب

السابع - زوجات أصله من الرضاع أي زوجات أبيه وجده وإن علا سواء دخل بها الأب أو الجد أو لا ، فلو رضع طفل من امرأة متزوجة صار زوجها أبا له من الرضاع وأبو الزوج جداً له كذلك فإن كان للزوج زوجة أخرى غير من أرضعته حرم على الرضيع التزوج بها لأنها زوجة أبيه من الرضاع ، كما يحرم عليه التزوج بامرأة أبيه من النسب .

ثامناً - زوجات فروعه أي زوجة ابنه وابن بنته من الرضاع وإن نزل سواء دخل الفرع بزوجته أو لا .

والدليل على تحريم هذه الأصناف بالرضاع قوله تعالى في آية المحرمات : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » . واقتصار القرآن على الأم إشارة إلى تحريم كل من اتصل بعمود النسب من الأصول والفروع ، واقتصاره على الأخوات إشارة إلى تحريم جوانب النسب وحواشيه .

لأنه لما سمى المرضعة أما وبناتها أخوات دل ذلك على أن الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله، وأنه يتكون بالرضاع جزئية يصير بها الرضيع جزءاً ممن أرضعته كأولادها الذين ولدتهم وهم أجزاء منها ومن زوجها وأكد ذلك بأخوة أولادها له فيكون ذلك الرضيع ابناً لهما بمنزلة الابن من النسب، فيأخذ حكمه في كل ما يتعلق بالتحريم بالنسبة للأصناف المحرمة بالنسب من البنات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت

« وقد فصل رسول الله ﷺ ما أجمله القرآن ووضح ما أشار إليه في جملة أحاديث منها الحديث المتفق عليه المروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال : «إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم » ، وفي رواية من النسب [1] .

وفي رواية عائشة رضي الله عنها قالت: إن النبي ﷺ قال :

« يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، ومنها أن النبي ﷺ قال في درة بنت أبي سلمة : « إنها لو لم تكن ربيبتي في حجري ما حلت لي إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأباها ثويبة » [2] . ومنها الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها : أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له » [3] .

وفي بعض روايات هذا الحديث إنها قالت له حين جاء يستأذن عليها : «إنما أرضعتني امرأة أخيك فلا آذن لك حتى استأذن رسول الله ، فلما ذكرت ذلك للرسول قال لها « إيذني له فإنه عمك » .

ولما اعتبر الشارع المرضعة أما للرضيع كأمه من النسب ، واعتبر الرضيع ابناً للمرضعة كابنها من النسب كانت أم زوجة الرجل رضاعاً مثل أمها من النسب وبنتها من الرضاع كبنتها من النسب،ولما اعتبر زوج المرضعة أبا للرضيع

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٩ قالوا : إن الذي أراد من النبي هو علي كرم الله وجهه . وقد كان صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة مولاة أبي لهب أياماً قبل أن تجيء حليمة السعدية وقد كانت ثويبة أرضعت قبله عمه حمزة بن عبد المطلب كما يقول ابن سعد في الطبقات الكبرى .

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٧١ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٩ .

والرضيع ابناً له كانت زوجة الأب الرضاعي كزوجة الأب النسبي، وزوجة الابن الرضاعى كزوجة الابن النسبي .

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة كما يحرم كل ما يحرم بالنسب .

هذا وقد قرر بعض الفقهاء: أن قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ليست على إطلاقها ، بل هناك بعض صور مستثناة حيث يثبت فيها التحريم بالنسب ولا يثبت فيها التحريم بالرضاع لوجود العلاقة المحرمة في النسب وعدم وجودها في الرضاع . منها أولا : أم الأخ أو الأخت من الرضاع لا تحرم . كما إذا رضع طفلان من امرأة فصارا أخوين بالرضاع. ثم رضع أحدهما من مرضعة أخرى فهذه المرضعة تكون بالنسبة للذي لم يرضع منها أم أخيه من الرضاع فتحل له، وكذا لو كان لأخيه من الرضاع أم من النسب فإنها تحل له أيضاً لعدم وجود المحرم لأنها أجنبية في الحالتين .

ولو كان الطفلان أخوين من النسب ورضع أحدهما من أجنبية وصارت أماً له من الرضاع جاز لأخيه أن يتزوجها لأنها أم أخيه رضاعة، بينما لا يجوز له أن يتزوج أم أخيه نسباً لأنها إما أمه إن كانا شقيقين أو امرأة أبيه إن لم يكن شقيقاً وكلتاهما محرمه عليه الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة . ومثل أم الأخ في ذلك أم الأخت .

ثانياً ــ أخت ابنه أو بنته من الرضاع . كما إذا رضع طفل من امرأة صار ابناً لزوجها من الرضاع، فإذا كان لهذا الطفل أخت من النسب لم ترضع من تلك المرأة فإنه يحل لذلك الزوج أن يتزوج هذه البنت وهي أخت ابنه من الرضاع لعدم المحرم بينهما ، ومثله إذا كان للرجل ابن من النسب رضع من امرأة أجنبية ولها بنت نسبية أو رضاعية فلذلك الرجل أن يتزوج بهذه البنت وهي أخت

ابنه من الرضاع لانعدام العلاقة المحرمة بينهما . بينما لا يجوز له أن يتزوج أخت ابنه عن النسب لأنها إما بنته أو بنت امرأته التي دخل بها وكلتاهما محرمة عليه الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة ، وأخت البنت كأخت الابن في كل ذلك .

ومن وقائع الرضاع التي تحدث كثيرا أن يرضع الطفل من جدته لأمه فتصير أمه أختاً له من الرضاع فلا تحرم على زوجها لأنها صارت برضاع طفلها من أمها أختاً له من الرضاع فقط وأخت الابن من الرضاع لا يحرم التزوج بها ابتداء فلا يؤثر الرضاع الطارىء على تلك الزوجية بقاء من باب أولى .

ولكن الجعفرية يحرمون هذه الزوجة على زوجها بهذا الرضاع مطلقاً سواء كان زوج المرضعة التي هي أم الزوجة أبا للزوجة أو أجنبياً عنها [1] .

وهذا الرأي كما ترى فيه حرج كبير . حيث إنه يترتب عليه بطلان الزواج في كثير من الصور حيث إن أم المرأة تقوم بأرضاع أطفال ابنتها إذا كان لها لبن لأنها أقرب الناس إليها . وربما يخفف هذا الضرر تشددهم في مقدار الرضاع المحرم حيث قدروه بخمس عشرة رضعة متوالية لم يفصل بينها فاصل كما سيأتي بيانه قريباً .

ثالثاً - أم ولد ولده رضاعاً كما إذا أرضعت أجنبية ابن الابن أو ابن البنت فإنها تصير أم هذا الابن رضاعاً فيحل لجد الولد أن يتزوجها مع أنه لا يجوز له أن يتزوج أم ابن ابنه أو أم ابن بنته نسباً ، لأن الأولى زوجة ابنه والثانية بنته والأولى محرمة بالمصاهرة والثانية بالنسب . وكذلك لو أرضعت زوجة الابن طفلا أجنبياً فإنه يكون ابن ابن رضاعاً فإذا كانت له أم نسبية أو رضاعية أخرى لا تحرم على الجد الذي هو أبو زوج تلك المرضعة .

---

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية جـ ٥ ص ٢٣١ وما بعدها .

رابعاً ـ أم العمة أو العم أو الخال أو الخالة من الرضاع لعدم العلاقة المحرمة بينما تحرم إذا كانت من النسب لأنها إما جدة لأب أو لأم أو امرأة الجد .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن تلك الاستثناءات صرح بها بعض الفقهاء بناء على أنهم أخذوا قاعدة : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على إطلاقها أما إذا لاحظنا أنها مقيدة بما إذا وجدت بالرضاع صلة ورابطة كرابطة النسب كأصلية وفرعية أبوين أو فرعية جدين ، فإذا لم توجد الرضاعة هذه الرابطة فلا يتعلق بها تحريم [1] .

ومن تأمل الصور السابقة وجد أن الرضاعة لم توجد علاقة بين الشخصين الذي يحل أحدهما للآخر . بل إن بعض صور النسب لا يوجد فيها تحريم لعدم وجود العلاقة المحرمة مثل الأخوين لأب إذا كان لأحدهما أخت لأمه فهي أخت أخيه من النسب ومع ذلك لا تحرم عليه لعدم الرابطة بينهما لأنها بالنسبة إليه أجنبية ، وغاية ما فيها أنها بنت زوجة أبيه وهي حلال له .

(خلاف فريق من الفقهاء في تحريم بعض الأصناف السابقة) .

قدمنا أنه لا خلاف في التحريم بالرضاع لما يحرم بالنسب ، وأما التحريم به لما يحرم بالمصاهرة فقد كان موضع اختلاف الفقهاء وقد عرفت رأي جمهور الفقهاء فيه فيما سبق .

وخالف في ذلك الظاهرية والجعفرية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم فذهبوا إلى أنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب مؤيدين دعواهم بأن القرآن ذكر في آية المحرمات ثلاثة أنواع وهي المحرمات بالنسب والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات بالرضاع ، واقتصر في النوع الأخير على الأمهات والأخوات وهو إشارة إلى إلحاق

---

(١) راجع منهاج الطالبين وشرحه جـ ٣ ص ٢٤٢

الرضاع بالنسب حيث جعل المرضع أما وبنتها أختا ، وجاءت السنة المبينة للكتاب مصرحة بهذا الألحاق « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » ولم تتعرض لإلحاقه بالمصاهرة حتى يحرم بالمصاهرة .

والسكوت في موضع البيان بيان . وحيث لم يوجد دليل على تحريم تلك الأصناف بقيت على الحل الثابت بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولا يصح قياس المصاهرة من طريق الرضاعة على المصاهرة من طريق النسب لأن المعنى الذي من أجـله ثبتت المحرمة في الثاني وهو الاختلاط الناشيء عن اندماج الأسرتين غير موجود في الأول .

وقد قال ابن القيم : إن هذه مسألة اجتهادية اختلف فيها الفقهاء المتقدمون وكان من القائلين بعدم حرمة هذه المصاهرة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وغيرهما من الصحابة والتابعين ورجح هذا القول [1] .

ما عليه العمل من هذين الرأيين :

أما في جمهورية مصر العربية فالعمل بمذهب الحنفية الذي هو مـــذهب الجمهور وإن كانت لجنة الأحوال الشخصية التي كلفت بوضع مشروع قانون عـام للأحوال الشخصية اختارت الرأي الثاني القائل: بأنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب حيث جاء في المادة الثانية عشرة من هذا المشروع ما يلي :

أ ـ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت الحرمة بالرضاعة إلا من من المرضع .

---

(١) من أراد المزيد من ذلك فليرجع إلى زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ . وراجـــع المختصر النافع ص ١٩٩ والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٧١ فانه يقول: ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واقتصر على ذلك .

ب – لا تثبت حرمات المصاهرة من طريق الرضاع .

أما في لبنان فإن العمل يجري فيها بقانون حقوق العائلة وهو يأخذ بالرأي الثاني الذي يقصر التحريم بالرضاع على المحرمات بالنسب فقط ، فقد نصت مادته السابعة عشرة على المحرمات بالنسب وهن أربعة أصناف .

وتجيء المادة الثامنة عشرة تقول : « تزوج النساء بالرجل الذي بينه وبينهن قرابة بالرضاع ممنوع أبداً كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة السابقة .

وفي المادة التاسعة عشرة يعد المحرمات بسبب المصاهرة وهن أربعة أصناف :

وهذا الصنيع صريح في قصر التحريم بالرضاع على ما كان بالنسب فقط ، لأنه سمى العلاقة التي بين الرجل والمرأة الحاصلة بالرضاع قرابة وجعل حكم النساء المحرمات بالرضاعة كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة قبلها . ثم عد المحرمات بالمصاهرة أربعة أصناف فقط في المادة اللاحقة ولم يعرض فيها للتحريم بالرضاع .

الرضاع المحرم :

إذا عرفت الأصناف المحرمة بالرضاع المحرم وفاقاً وخلافاً فلا بد لك من معرفة حد الرضاع المحرم حيث لا يثبت التحريم بكل ما يسمى رضاعاً . وهذا يدعونا إلى بيان الأمور الآتية :

معنى الرضاع في عرف الفقهاء . شروط التحريم به . حكم اللبن المخلوط بغيره . هل يتعدى التحريم به إلى الرجل الذي كان سبباً في نزوله ؟ ما يثبت به الرضاع .

معنى الرضاع : هو في اللغة : مص اللبن من الثدي سواء كان ثدي آدمية أو غيرها وسواء كان الماص صغيراً أم كبيراً .

وفي اصطلاح الفقهاء : مص الطفل الرضيع اللبن من ثدى المرأة في مدة معينة .

وقد ألحق جمهور الفقهاء بالمص إدخال اللبن إلى جوف الطفل بأي وسيلة . كإعطائه له بواسطة إناء أو أنبوبة من طريق الفم أو فتحة طبيعية . لأنه بذلك يصل إلى معدته ويتحقق به التغذية ، والتحريم منوط بأنبات اللحم وانشاز العظم بهذا اللبن لا بصورة مص الطفل الثدى ، واقتصارهم في التعريف على مص الثدى لأنه الغالب فيه كما جرت به العادة . لذلك قرروا أن إدخال اللبن جسم الطفل من طريق غير طبيعي كالحقنة أو بواسطة جرح أو حقنة من الشرج لا يتعلق به التحريم ، لأنه لا يصل إلى المعدة التي تقوم بعملية تحويل الغذاء وتوزيعه على الجسم .

لكن فقهاء الجعفرية قصروا الرضاع المحرم على مص الثدى ،ثم قالوا فلو أوجر اللبن في فم الطفل أو سعط به في أنفه لا يتعلق به تحريم ، لأن النص جاء بالرضاع « وأمهاتكم اللاتي أرضعتكم » والمتبادر منه هذا المعنى . وقد علمت أن علة التحريم هي إنبات اللحم وانشاز العظم لا مجرد المص .

فإذا تحقق الرضاع صارت المرضعة أما للرضيع وبناتها أخوات له ، لأن الطفل يتغذى باللبن في مدة الرضاعة بل هو غذاؤه الأساسي فيكون اللبن من مكونات جسمه وهو جزء من المرأة خرج من صافي دمها فيصبح الطفل كجزء منها فيكون ابناً لها وتصير بناتها أخوات له وأمها جدته وأخواتها خالاته . كذلك يصير زوجها أباه وأخواته عماته عند جماهير الفقهاء .

وعلى ذلك لا يكون رضاع الكبير ناشراً الحرمة إلا على رأي شاذ لبعض الفقهاء . وكذلك رضاع الصغير بعد مدة الرضاع المقررة شرعاً لعدم تأثير اللبن في بناء جسمه .

شروط الرضاع المحرم :

يشترط في الرضاع المحرم شروطاً بعضها متفق عليه بين الفقهاء وبعضها الآخر مختلف فيه . فيشترط في المرضعة أن تكون آدمية بالاتفاق فلا يحرم الرضاع من غير آدمية لأنه لا يحقق العلاقة المحرمة ، فلو اجتمع طفلان على ثدى غير آدمية أو شربا لبنها لا يتحقق به أمومة فلا يثبت ما يتفرع عنها من الأخوة وغيرها ثم إن الحنفية لا يشترطون فيها أكثر من ذلك فيستوى عندهم التي در لبنها بسبب الولادة من زواج أو غيره [1] .

فإذا ولدت امرأة من الزنى وأرضعت طفلا ثبت به التحريم بالنسبة للمرأة والرجل الذي زنى بها فتصير أماً للرضيع والرجل أباه رضاعاً . لأن شرط اللبن المحرم في جانب الرجل عندهم أن يكون نازلاً بسبب الحمل والولادة منه .

ويوافقهم المالكية في القول المعتمد في مذهبهم ، لأن الشرط عندهم أن يكون اللبن نازلاً بعد أن يخالط الرجل المرأة مخالطة تامة سواء ثبت نسب الولد منه أو لا .

والشافعية [2] والحنابلة يذهبون إلى أن الرضاع من اللبن النازل بسبب الزنى يحرم في جانب المرضعة فقط ولا حكم له بالنسبة إلى الرجل لأن شرط التحريم في جانبه أن يكون الولد الذي نزل بسببه اللبن ثابت النسب منه وفي الزنا لا نسب فلا تحريم ، وعلى ذلك يشترط للتحريم بالرضاع بالنسبة للرجل أن تكون المرضعة ولدت منه بنكاح صحيح أو بمخالطة بشبهة .

---

(١) ثم زادوا على ذلك فقالوا : إنه لو در للمرأة لبن من غير ولادة ورضعه طفل تعلق به التحريم ثيباً كانت أو بكراً ، بل أنهم لم يشترطوا حياة المرضعة عند الرضاعة قالوا : لو ماتت امرأة وكان بها لبن ويجوارها طفل التقم ثديها عقب موتها تعلق به التحريم .

(٢) راجع شرح المنهاج بحاشية القليوبي ج ٣ ص ٢٤١ .

أما الجعفرية فيشترطون في المرضعة أن يكون لبنها در عن ولادة من نكاح صحيح أو مخالطة بشبهة على الصحيح عندهم . لأن الحرمة تابعة لثبوت النسب فما لم يكن هناك نسب لا تحريم مطلقاً .

فلو نزل لبنها من زنا أو نزل بدون سبب لا ينشر الحرمة مطلقاً لا في جانب المرأة ولا في جانب الرجل [1] .

ويشترط في لبن الرضاع : أن يتحقق من وصوله إلى معدة الرضيع باتفاق الفقهاء . فإن لم يتحقق ذلك بأن التقم الطفل ثدى المرأة ولم يعلم أرضع أم لا لا يثبت التحريم ، لأن الحل هو الأصل ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بيقين ،ولا يقين مع الشك والأحكام لا تثبت مع الشك .

وهل يشترط فيه أن يكون خالصاً غير مخلوط بغيره ؟

الجعفرية يشترطون ذلك لاعتبارهم في الرضاع خصوص مص اللبن من الثدى فلا يكون للبن المخلوط بغيره اعتبار لأنه لا يخلط إلا بعد حلبه من الثدى .

وفقهاء أهل السنة وبخاصة الحنفية لا يشترطون ذلك بل لهم في خلط لبن المرأة بغيره التفصيل الآتي :

أ - إذا خلط بسائل آخر كالماء والدواء ولبن الحيوان فالحكم للغالب ، فان غلب اللبن ثبت التحريم ، وإن غلب السائل فلا تحريم ، لأن القليل يستهلك في الكثير ، وإن تساويا ثبت التحريم احتياطاً . وتعتبر الغلبة بالأجزاء إذا خلط لبن المرأة بلبن الحيوان أو بالماء ، وبتغير اللون والطعم إذا خلط بالدواء ونحوه .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩، فقه الأمام جعفر الصادق حـ ٥ ص ٢٢٠ مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٢٧ .

ب - إذا خلط بلبن امرأة أخرى فالراجح في المذهب الحنفي أنه يثبت به التحريم من المرأتين جميعاً دون نظر إلى كثرة أحدهما وقلة الآخر أو تساويهما لأن اللبنين من جنس واحد . وعند اتحاد الجنس لا يتلاشى أحدهما في الآخر لاتحاد المقصود منهما وهو إنبات اللحم وإنشاز العظم. وهذا رأي زفر ومحمد بن الحسن . وذهب أبو يوسف إلى أن العبرة للغالب فان تساويا ثبت التحريم منهما جميعاً .

جـ - إذا خلط لبن المرأة بغير سائل كالطعام فانه لا يتعلق به تحريم مطلقاً عند أبي حنيفة سواء طبخ على النار أو لا ، لأن خلط اللبن بالطعام استهلاك له فيه فان الطعام أقوى في التغذية من اللبن فيكون هو الغذاء.

وعند أبي يوسف ومحمد العبرة بالغالب إذا لم يطبخ، فإذا طبخ لا يحرم، ومثل ذلك إذا خرج اللبن عن سيولته بأي صنعة لأن اسم الرضاع لا يتناوله في هذه الحالة .

وهل يشترط فيه مقدار معين ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من لم يشترط قدراً معيناً بل يستوى فيه القليل والكثير ، ومنهم من يشترط للتحريم قدراً معيناً وهؤلاء مختلفون في تحديد هذا القدر .

ومنشأ هذا الاختلاف أن القرآن جاء في الرضاع مطلقاً غير مقيد بغير حصول الرضاع ، وورد في السنه أحاديث بعضها مطلق كالقرآن وبعضها قيد بعدد . ولو صحت هذه الأحاديث المقيدة لاتفق الجميع على مدلولها. ولكن أنظارهم اختلفت في صحتها.

ومن هنا جاء الاختلاف ، وإليك آراء الفقهاء في ذلك .

الرأي الأول : إن قليل الرضاع وكثيره محرم وإليه ذهب الحنفية والمالكية

وأحمد في رواية . وحجتهم في ذلك قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم في الرضاعة » وقول رسول الله ﷺ « يحرم بالرضاعة ما يحرم بالنسب » فقد ورد الرضاع فيها مطلقاً والأصل في المطلق أن يحمل على إطلاقه حتى يثبت ما يقيده ولم يثبت عندهم هذا التقييد .

ويؤيد ذلك أن رسول الله في بعض الوقائع أصدر حكمه في الرضاع دون أن يستفسر عن عدد الرضعات ، ولو كان للرضاع المحرم عدد معين لسأل الرسول عنه قبل أن يأمر الزوج بمتاركة زوجته .

فقد روى البخاري وغيره أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتها ،فجاء إلى الرسول يخبره بذلك فأعرض عنه أول الأمر ، ولما كرر السؤال قال له الرسول : « كيف وقد قيل دعها عنك » . أمره بالمفارقة ولم يستفسر منه عن عدد الرضعات ، وتركه الاستفسار دليل على أنه ليس فيه عدد مقدر بل يكفي فيه أصل الأوضاع .

نعم إن الحكمة في التحريم بالرضاع هي أن الرضيع يتغذى بلبن المرضعة فيصير بعضه جزءاً منها . وهذه الجزئية لا يعلم بيقين أي مقدار يحققها ، ومثله لا يعلم إلا من صاحب الشرع ولم يرد دليل صحيح يعين مقداراً معيناً،وما استدل به المقدرون لا يرقى إلى درجة الاستدلال به فضلاً عن أنه يقيد مطلق القرآن كما سنبينه قريباً فيبقى المطلق على إطلاقه .

الرأي الثاني – إن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات مشبعات في أوقات متفرقة ، فإن كان أقل من ذلك فلا تحريم . وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة في الرأي الراجح من مذهبهم . وإن لم يتوفر في الرضعة الشبع لا تحسب،وحد الرضعة المشبعة عندهم . أن يأخذ الصبي الثدى ويمتص منه ثم يتركه باختياره من

غير عارض كتنفس أو شيء يلهيه عن الرضاع، فاذا فعل ذلك ثم عاد إلى الرضاع فأنه لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة .

واستدلوا على ذلك بما رواه مسلم وأبو داود والنسائى عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات . فتوفى رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن وفي رواية قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفي رسول الله والأمر على ذلك [1] .

ثم قالوا : إن علة التحريم بالرضاع هي أنه ينبت لحم الصغير وينشز عظمه .

يشير لذلك قول رسول الله « لايحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم » [2] ولا يكون ذلك إلا برضاع يوم كامل على الأقل وهو لا يقل عن خمس رضعات .

الرأى الثالث : وهو يتفق مع السابق في أن المحرم عدد معين من الرضاع ولكنه يختلف عنه في تقدير العدد حيث قدره بخمس عشرة رضعة . والى هذا ذهب الجعفرية .

ففي كتبهم . المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم أو رضاع يوم وليلة ولا حكم لما دون العشر روايتان أشهرهما لا ، ولو رضع خمس عشرة رضعة ينشر . ويعتبر في الرضعة قيود ثلاثة . كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي ، وألا ينفصل

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦٣ .

(٢) وفي رواية « وأنشر العظم » بالراء ومؤداهما واحد ، لأن أنشر بالراء بسطه ومدة وأنشز بالزاى رفعه .

بين الرضعات برضاع غير المرضعة [1] .

وأستدلوا على ماذهبوا إليه بأن الأصل عدم التحريم ، والرضاع المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم كما صرح بذلك الحديث المروى عن رســول الله وهو « الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم » وقوله « الرضاعة من المجاعة » وبإجماع فرقتهم إلا من شذ ، وبما روى أن الأمام جعفــر سئل عما يحرم من الرضاع ؟ فقال : ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال السائل : فيحرم عشر رضعات ؟ فقال الأمام : لا لأنه لاينبت اللحم وشد العظم عشر رضعات [2] .

ثم قالوا : إن ماذهب إليه غيرنا لا دليل عليه ، وردوا الحديث المروى عن عائشة بأن قولها « ثم نسخن بخمس معلومات » ذلك من قولها ولم تبين الناسخ وقــول الراوي : إنه نسخ كذا لكذا لا يقبـــل إلا إذا بين الدليل الناسخ لينظر فيــه هل هو نسخ أولا ، وهل يصلح ناسخاً أو لا [3] .

تلك آراء الفقهاء وأدلتهم . والناظر فيها يجـــد أن ما استدل به المحددون لرضعات معينة لا يصلح للاستدلال به على ذلك التقييد حتى يقيد مطلق القرآن .

أما ما استدل به الشافعية ومن معهم وهو الحديث المنسوب لعائشة فقد رده المحدثون بأنه لم يثبت عنها ، بل قــال فيه الطحاوى من الحنفية : انه حديث منكر .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) فقه الأمام جعفر جـ ٥ ص ٢٢٥ .

(٣) الأحكام الجعفرية ص ٩٧ .

وقال فيه ابن العربي : « إنه أضعف الأدلة لأنها قالت : كان فيما نزل من القـــرآن ، ولم يثبت أصله فكيف يثبت فزعه » . يريد أنه لم يثبت أنه من القرآن فكيف يثبت به الحكم المأخوذ منه . على أنه روى بروايات مضطربة ولو أخـذ به على ظاهره لفتح باب الطعن في القــرآن لأن عبارة فتوفي رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن . يوهم أن القرآن سقط منه شيء ، فأولى لهم أن يبحثوا عن دليل آخر ، وليس معهم إلا قول الرسول « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشر العظم » وليس فيه تحديد لعدد الرضعات بخمس ولا بغيرها .

على أن هذا الحديث قاله الرسول : بيانا لكون الرضاع لا يحرم إلا إذا حصل في مدة الرضاع . وهي المدة التى يعتمـــد فيه الصبي فى غذائه على اللبن ويصدق عليه أنه ينبت اللحم وينشر العظم ،أما رضاع الكبير فلا يفعل به ذلك ويؤيد ذلك حديث « إنما الرضاعة من المجاعة » وقصـــة هذا الحديث رواها البخارى ومسلم وغـــيرهما عن عائشه قالت : « دخل على رسول الله ﷺ وعندى رجل ، فقال من هذا ؟ قلت أخي من الرضاعة ، قال يا عائشة أنظرن من أخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة »[1] فهو يفيد أن الرضاعة التي تثبت بها الحرمة هي التي يكون الرضيع فيها طفلا يسد اللبن جوعته .

وبهذا لايفيد الجعفرية الاستدلال بهذين الحديثين على التقدير الذى قالوه .

أما ما استدلوا به من إجماع فرقتهم فلا يلزمنا لأن إجماعهم ليس حجـة على غيرهم . وأن كان الأجماع ليس حجة عندهم كما هو مقرر في أصول الفقه .

بقي بعد ذلك استدلالهم بما روي عن الأمام جعفر وهو لا يخرج عن كونه

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٦٨

رأيا لهم فهم فيه أن العشر رضعات لاتنبت لحما ولا تنشر عظما والتقديرات لاتعلم إلا من الشارع .

وإذا كان الجعفرية يعتبرون أقوال أئمتهم حجة . فأين في قول الصادق التحديد بخمس عشرة رضعة ؟

وبهذا يترجح لنا الرأي الأول وهو قول القائلين بأن الرضاع محرم قليلا كان أو كثيراً لعدم وجود الدليل الصحيح المقيد لأطلاق القرآن . وهو مذهب الكثير من الصحابة والتابعين . وهذا لا يتعارض مع كون علة التحريم بالأرضاع أنه ينبت اللحم وينشر العظم التي اتفق عليها الفقهاء ، لأن مسألة إنبات اللحم وإنشاز العظم التي تجعل الرضيع كجزء من المرضعة أمر خفي ويختلف باختلاف الرضعات . فرب رضعة تفعل ما لا يفعله العدد من الرضعات . فهو لا يتوقف على عدد معين .

من أجل هذا أناط الشارع الحكم بالأرضاع الدال على ذلك المعنى. وهذا ظاهر يعلم الحكم بوجوده، ولو أناطه بحقيقة الأنبات لشق على المكلفين معرفة الرضاع المحرم من غيره .

ولو صح عن رسول الله بيان لعدد معين لأخذنا به لأنه وحي من العليم الخبير .

مدة الرضاع :

وبعد ذلك يشترط في نفس الرضاع أن يكون في مدة معينة وهي الأرضاع قبل الفطام باتفاق جمهور الفقهاء . وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في مقدارها على أقوال . عدها الشوكاني في نيل الأوطار [1] تسعة، وسنكتفي منها هنا

(١) الثاني : الحولان وما قاربها . الثالث : حولان واثنا عشر يوماً ، الرابع : ثلاثون =

بذ در قول واحد تؤيده الأدلة من القرآن والسنة . وهو أن مدة الرضاع سنتان من وقت ولادة الطفل ، فأي رضاع يحصل فيها يثبت به التحريم ، ولو فطم الطفل قبل تمامها ثم عاد إلى الرضاع قبل أن تنتهي ، أما ما يقع بعدها فلا يتعلق به التحريم .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أبو يوسف ومحمد من الحنفية والأئمة الثلاثة [1] والجعفرية وغيرهم .

والدليل على ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » / البقرة / ٢٢٣ فهذه الآية تبين في صراحة أن مدة الرضاع التامة حولان كاملان ولا زيادة بعد التمام . وقوله تعالى : « وفصاله في عامين » / لقمان / ١٤ وهذا صريح في أن الفصال وهو الفطام في مدة العامين لا بعدهما .

ومن السنة ما روي إن رسول الله ﷺ قال : « لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين » ، وقوله . « لا رضاع إلا ما كان في الحولين » ، وقوله : « إنما الرضاعة من المجاعة » فهذه الأحاديث تفيد في مجموعها أن الرضاع المحرم هو الذي يدفع الجوع ويكتفي به صاحبه ويكون غذاء له وهذا لا يكون إلا للطفل أثناء الحولين .

ومما يتصل بالتحريم بالرضاع مسألة اشتهرت في كتب الفقهاء بمسألة لبن

= شهراً ، الخامس : ثلاث سنين، السادس : سبع سنين ، السابع : ما كان قبل الفطام، الثامن : ما كان في حال الصغر دون تحديد مدة ، التاسع : الرضاع يعتبر فيه الصغر الا فيما دعت إليه الحاجة كرضاع الكبير الذي لا يستغنى عن دخوله على المرأة ويشق احتجابها منه وإليه ذهب ابن تيمية .

(١) الإمام مالك في المشهور عنه مع الجمهور، وفي قول له يستحسن التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وهي في قول مقدرة بشهر وفي قول بثلاثة أشهر . بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢ .

الفحل . وهي أن المرأة التي أرضعت طفلاً بلبنها الذي نزل بسبب ولادتها من رجل . فهل تمتد الحرمة إلى ذلك الرجل فيصبح أباً للرضيع كما صارت المرضعة أما له ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها قديماً من عهد الصحابة واستمر فيما بعده من عصور .

فذهب بعض الفقهاء من التابعين ومن بعدهم إلى أنه لا يثبت به التحريم فلا يصبح الرجل أباً للرضيع . فلو أن امرأة ولدت من زوجها وأرضعت طفلة فإنها لا تحرم على زوج المرضعة فيجوز له أن يتزوجها . كما أنها لو أرضعت طفلاً لا يحرم على هذا الطفل بنات الرجل من غير المرضعة . ولو كان للرجل زوجتان فأرضعت إحداهما طفلاً وأرضعت الأخرى طفلة جاز تزويج أحدهما من الآخر حيث لا أخوة بينهما .

ووجهوا رأيهم بأن المعنى الذي من أجله جعل الرضاع محرماً في جانب المرأة ليس موجوداً بجانب الرجل . ذلك أن منشأ التحريم بالرضاع هو أن الرضيع أخذ جزءاً من المرضعة وهو لبنها ومنه نبت لحمه ونشز عظمه فكان جزءاً منها . وبواسطة هذه الجزئية ثبتت الحرمة بين الرضيع والمرضعة وهذه الجزئية غير موجودة بين الرضيع وزوج المرضعة فانعدمت الصلة بينهما فلا تمتد الحرمة إلى الرجل .

وذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الأربعة والأوزاعي والجعفرية وغيرهم إلى أنه يثبت بالرضاع التحريم بالنسبة للرجل الذي تسبب في نزول اللبن ، فلو أن الزوجة أرضعت طفلة أجنبية باللبن الذي تسبب زوجها في نزوله حرمت هذه البنت على زوجها وعلى آبائه وأبنائه؛ لأنها بنته من الرضاع فتصير كالبنت النسبية .

وكذلك لو أرضعت طفلاً فإنه يحرم عليه التزوج ببنات هذا الرجل مطلقاً

سواء كن من هذه الزوجة أو من غيرها . لأن لبن المرأة مشترك بينها وبين من كان سبباً فيه وهو الرجل ولولاه لما كان لبن فينسب الطفل إليهما معاً . والدليل على ذلك من السنة ما رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها: أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب ، قالت فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له [1] .

ولقد سئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً فهل يتزوجان فقال لا : اللقاح واحد ، وكما يثبت بالرضاع الأبوة والأمومة للرضيع يثبت به الأخوة بين الرضيع وأولاد المرضعة وأولاد زوجها .

والأخوان من الرضاع قد يكونان شقيقين وقد يكونان لأم وقد يكونان لأب .

فإذا أرضعت امرأة طفلين بلبن سببه الولادة من رجل واحد كان الرضيعان شقيقين . وإذا أرضعت أحدهما بعد ولادتها من زوج ثم أرضعت الآخر بعد ولادتها من زوج آخر كان الرضيعان أخوين لأم ، وإذا كان لرجل زوجتان فأرضعت إحداهما طفلاً وأرضعت الثانية طفلاً آخر كان الطفلان أخوين لأب . ثم إن أخوة الشخصين بسبب الرضاعة من امرأة تثبت برضاعهما منها في أي وقت سواء رضعا معاً في وقت واحد أو في وقتين مختلفين . وكذلك لو رضع

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ . وفي بعض الروايات قالت عائشة : دخل علي أفلح فاستترت منه فقال : اتستترين مني وأنا عمك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخي . قلت : إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته ، فقال : إنه عمك فليلج عليك . وراجع أيضاً المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧٢ ، وشرح المنهاج حـ ٣ ص ٢٤٢ .

طفل من أم طفل آخر صار أخـــاً له من الرضاع ولو لم يرضع ابن المرأة منها أصلا .

والجعفرية يشترطون في إثبات الأخوة بالرضاع أن يكون اللبن لفحـل واحد وهو زوج المرضعة فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان . ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل وإن اتحدت المرضعة . وعلى ذلك يكون المحرم عندهم الأخوة لأب وأم أو الأخوة لأب فقط ، أمـا الأخوة من الأم رضاعاً فلا تكفي في نشر الحرمة . ومـــن هنا قالوا : يحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً، وبهـذا تخصص قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيستثني منهـا الأخت لأم فقط من الرضاعة لأن الأخت لأم من النسب تحرم [1] .

وبهذا نراهم يغلبون جانب الرجل صاحب اللبن على جانب المرأة . فضيقوا دائرة التحريم بسبب الأخوة من الرضاع ، ولكنهم من جهة أخرى وسعوا دائرة التحريم به بالنسبة لأبي الرضيع نسباً فحرموا عليه أن يتزوج من أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على الراجح عندهم لأنهم في حكم ولده . كما حرموا عليه التزوج من أولاد المرضعة التي أرضعت ولده نسبا لا رضاعا [2].

ما يثبت به الرضاع :

إذا كان الرضـــاع معروفاً بين الناس فالتحريم به ثابت لا يحتـاج إلى دليل يثبته .

---

(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ . وفقه الإمام جعفر ج ١ ص ٢٠٢٤ وما بعدها .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ وفقه الإمام جعفر ج ٨ ص ٢٣٠ وقد قيل إنهم حرموا على صاحب اللبن وهو أبوه رضاعاً أن يتزوج من أخوات من ارتضع بلبنه مطلقاً لأن أخوة المرتضع صاروا بمنزلة أولاده . ولكن هذا غير المشهور عندهم . فقد قال صاحب الجواهر . لا بأس أن ينكح الفحل أخت المرتضع نسباً وإن كانت هي أخت ولده لعدم كونها بنتاً رضاعية ولا ربيبة عرفاً . والمحرم في النسب البنت والربيبة . فقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٢٢٩ .

أما إذا لم يكن معروفاً فإنه يحتاج إلى الدليل . والمثبت له أحد أمرين : الأقرار أو البينة .

فالأقرار يكون باعتراف الطرفين (الرجل والمرأة) أو أحدهما على التفصيل الآتي :

إذا أقر شخص بأن هذه المرأة أخته من الرضاع فإن صدقته في إقراره ثبتت الحرمة بينهما بهذا التصادق مطلقاً سواء كان هذا الأقرار قبل الزواج أو بعده ،فإن كان قبله لا يحل لهما الأقدام على الزواج،وان كان بعده وجب عليهما أن يتفرقا وإلا فرق القاضي بينهما . ومثل ذلك ما إذا كانت المرأة هي التي بدأت بالأقرار وصدقها الرجل ، وإذا افترقا قبل الدخول فلا شيء للمرأة من المهر ، وإذا كان بعد الدخول وجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ككل نكاح فاسد أعقبه دخول . ولا تجب لها نفقة في عدتها ولا سكنى .

وإذا أقر الرجل وكذبته المرأة ثبت التحريم أيضاً فلا يحل له أن يقدم على زواجها إن كان إقراره قبل الزواج فإن كان بعده وجب أن يفارقها ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما . وإذا افترقا قبل الدخول وجب لها نصف المهر ، وإن كان بعده وجب لها كل المهر المسمى وللمرأة النفقة والسكنى في العدة ، لأن إقراره حجة قاصرة عليه فلا يتعدى إلى حقوق المرأة بالإبطال ، وإذا رجع عن إقراره فقال : كنت واهماً أو ناسياً قبل منه هذا الرجوع في الحالتين بشرط ألا يكون أكد إقراره الأول بما يفيد اليقين كقوله أعلم أنها أختي . أو أشهد عليه . فيجوز له بعد الرجوع أن يعقد عليها ، وإن كان بعد العقد بقي العقد قائماً كما كان ، لأن الرضاع مما يخفى أمره فربما يكون إقراره أولا بالرضاع بناء على خبر ظنه صادقاً ، ثم تبين له كذبه . وهذا يدعو إلى التجاوز عن تناقضه في الأقرار أولاً والرجوع عنه ثانياً ، فإن كان أكد الأول أو أشهد عليه فلا يقبل منه الرحوع ويبقى التحريم قائماً .

وإذا كان الأقرار من جانبها وكذبها الرجل وكان ذلك قبل الزواج فإن

ثبتت على إقرارها ولم ترجع عنه فلا يجوز لها أن تتزوجه ، وإن رجعت عن إقرارها جاز لها التزوج منه .

أما إذا كان إقرارها بعد الزواج وكذبها فلا يلتفت إلى ذلك الاقرار وإن أصرت عليه ، لأنها متهمة في ذلك الأقرار لاحتمال أنها فعلت ذلك لتتخلص منه بهذه الدعوى . بخلاف إقراره فإنه لا تهمه فيه ، لأنه يملك التخلص منها بالطلاق وليس في حاجة إلى دعوى الرضاع .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الزوجة تصدق في إقرارها بعد الزواج إذا كان أمرها بيدها وتستطيع أن تتخلص بالطلاق .

أما البينة فقد اتفق الفقهاء على أن الرضاع يثبت بالبينة ولكنهم اختلفوا في مقدارها . فمن الفقهاء من يرى أنه يكفي في إثباته شهادة النساء وحدهن ، لأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال فيختص بشهادة النساء ؛ وهؤلاء منهم من يكتفي بامرأة واحدة إذا كانت مشهورة بالصدق والعدالة . ومنهم من يشترط العدد فلا يثبت عنده إلا بشهادة امراتين على الأقل .

والحنفية يذهبون إلى أنه لا يثبت إلا ببينة كاملة شهادة رجلين عدلين أو رجل واحد وامرأتين كسائر الحقوق ، لأنه يترتب عليه حقوق مالية وغيرها ، ولأن دعوى الرضاع يترتب عليها أبطال حق العبد . وهو ما ثبت له بعقد الزواج وكل منها يشترط فيه تمام البينة .

ويؤيد ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل أنها أرضعتها فقال : لاحتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان . وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل ذلك على أنه الحكم المقرر عندهم .

وقول المخالفين إنه لا يطلع عليه الرجال غير مسلم لأن المحارم من الرجال يطلعون عليه ولا حرج فيه .

ثم إن الرضاع يحتاج في إثباته إلى البينة عند إنكار أحد الزوجين له ، أما

إذا لم يكن هناك إنكار فيكفي لوجوب التفريق تصادق الزوجين على الرضاع أو إقرار الزوج به وثبوته على إقراره وإن كذبته الزوجة ، فإذا صحت هذه الشهادة وجب على الزوجين الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما .

وبعد الافتراق أو التفريق يجب ما يجب في كل عقد فاسد . لا شيء لها قبل الدخول ، أما بعده فيجب لها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهراً أو الأقل منه ومن المسمى إذا كان سمي مهراً معيناً ، لأن المسمى إن كان هو الأقل فقد رضيت به الزوجة فلا يزاد على ما رضيت به ، وإن كان مهر المثل هو الأقل فهو الواجب الأصلي في كل زواج فاسد ولا يعدل عنه إلا إذا وجد مقتض للعدول عنه ، وإذا لم تصح البينة بأن نقص العدد أو كان الشهود غير عدول فإنه لا اعتبار لها في القضاء فلا يملك القاضي التفريق بينهما .

أما من ناحية الديانة فالورع يقضي على الزوجين أن يفترقا لاحتمال صدق هذه الشهادة في الواقع[1] .

فقد روي أحمد والبخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال : فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني . قال : فتنحيت فذكرت ذلك له فقال كيف وقد زعمت أنها قد

---

(١) إذا أخبرت امرأة الزوجين بأنها أرضعتهما أو أن بينهما أخوة من الرضاع فاما أن يصدقاها معا أو يكذباها وأما أن يصدقها أحدهما ويكذبها الآخر . فإن صدقاها معا وجب عليهما الافتراق وإلا فرق القاضي بينهما لأن الرضاع ثبت بتصادقهما عل أن الزواج القائم بينهما فاسد . وإن كذباها معا لا يجب عليهما الافتراق ويبقى الزواج كما هو . وإن صدقها الرجل وكذبتها المرأة كان كإقرار الزوج بالرضاع فيجب التفرق لأنه لا تهمة في تصديق الزوج كاقراره. وان صدقتها المرأة وكذبها الرجل كان كإقرار المرأة وحدها يبقى الزواج صحيحاً كما لو كان لوجود التهمة في هذا التصديق غير أنه في كل موضع لا يجب فيه الافتراق أو التفريق يبقى معه التنزه بالمفارقة ورعا لاحتمال صدق ذلك الخبر وموافقته للواقع .

أرضعتكما فنهاه عنها . وفي رواية قال له : كيف وقد قيل دعها عنك فإن هذا الحديث يدل على أن شهادة المرأة لا توجب التفرقة وإلا لفرق الرسول بينهما من أول الأمر ولم يعرض عنه إذ الأعراض قد يترتب عليه أن يترك السائل المسألة ويكون إقراراً من الرسول على المحرم كما يفيد كراهة الأبقاء على هذا الزواج بعد هذا الأخبار فأمره بتركها جاء على سبيل الندب تورعا واحتياطاً وهذا ما يفيده قوله عليه الصلاة والسلام : كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟

ولقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم ذلك وعلموا به فقد . روي أن رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها أرضعتهما فسأل الرجل عليا كرم الله وجهه فقال له : هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فإن تنزهت فهو أفضل ، وروي مثل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما .

هذا ومذهب الحنفية هو الذي يسير عليه العمل في جمهورية مصر العربية وفي لبنان في المحاكم السنية .

أما بالنسبة للمحاكم الجعفرية فيطبق مذهبهم وهو يقرر أن الرضاع يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبشهادتين منفردات عن الرجال ولكنهم يشترطون العدد وأن تكون الشهادة على شكل معين يثبت الرضاع المحرم على مذهبهم [1] .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن صحة الشهادة على الرضاع لا تتوقف على سبق

---

(١) فقه الأمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٣٤ والوجه الذي شرطوا أن تكون الشهادة عليه حتى تكون مقبولة أن يقول الشاهد : أشهد أن فلانا أرتضع من ثدي فلانة من لبن الولادة المستندة إلى نكاح خمس عشرة رضعة متواليات وتامات قبل أن يتم الرضيع الحولين من عمره فلو لم تكن على هذا الوجه لا تقبل لاحتمال أن يكون الشاهد يعتقد التحريم على غير هذا الوجه. وفي المختصر النافع ص ٢٨٧ في باب الشهادة : لا تقبل شهادة النساء في الهلال والطلاق . وفي الطلاق وفي قبولها في الرضاع تردد أشبهه القبول .

الدعوى من أحد الزوجين كما لا يتوقف قبولها على ذلك فيجوز لأي شخصين يعلمان ثبوت الرضاع بين زوجين أن يتقدما إلى القاضي بالشهادة حسبة لله تعالى ، وعلى القاضي إذا ثبت عنده صدق هذه الشهادة أن يحكم بالتفريق بين هذين الزوجين لأن تلك الشهادة تثبت الحرمة وهي من حقوق الله تعالى ، كما تقبل الشهادة على وقوع طلاق زوج ظل يعاشر زوجته بعد الطلاق [1] .

حكمة التحريم بالرضاع :

قدمنا أن المرأة التي ترضع طفلا بلبنها قد أسهمت في بناء لحمه وإنشاز عظمه بعد أن دخل منها في تكوينه فيصبح كقطعة منها يشبه إلى حد كبير ولدها الذي حملته في بطنها وتغذى بغذائها ، لذلك سماها القرآن أما لهذا الرضيع وجعل بناتها أخوات له . فنشأت بينهما رابطة كرابطة النسب . وتلك رابطة كريمة تستدعي الحفاظ عليها والبعد بها عما يؤدي إلى قطعها أو تشويه جمالها .

ولما كانت رابطة الزواج لا تتفق معها منع الشارع اجتماعهما فكان أن جعلها سبباً من أسباب تحريم الزواج كما حرم بالنسب. وضع القرآن أصلها وفصلها رسول الله ﷺ بقوله : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . نعم إن هذه الرابطة لا تتساوى مع رابطة النسب في كل جوانبها لذلك أخذت من أحكام النسب بعضها كتحريم الزواج دون باقيها من التوارث ووجوب النفقة وغيرهما . على أن الشريعة الأسلامية التي انفردت بإيجاد تلك الرابطة بين المرضع والرضيع وجعلتها سبباً للتحريم [2] تهدف بذلك إلى تحقيق غرض

---

(١) ونكتفي بهذا القدر من مسائل الرضاع هنا أما بقية مسائله فنرجىء الكلام عليها إلى القسم الثالث لتعلقها بحق الرضيع .

(٢) أما اليهودية والمسيحية فليس الرضاع محرماً فيهما لذا جاء في قانون العائلة في بيان الممنوع نكاحه عند اليهود م ٢٦ : الرضاع ليس معدوداً من موانع النكاح .
وكذلك في م ٣٢ عند بيان الممنوع نكاحه عند المسيحيين .

إنساني نبيل . فقد* نزل القرآن وعادة الأرضاع فاشية عند العرب تقوم به طائفة من النسوة نظير أجر تأكل منه بينما يمتنع عنه الحرائر أنفة وترفعا حتى جرى في أمثالهم : « تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها » ، فأراد الشارع القضاء على تلك العادة مبينا للمترفعات عنه منهن أن الأرضاع ليس مهانة للمراة وإنما هو تكريم لها وتوسيع لدائرة أمومتها التي هي أسمى ما تعتز به المراة وتسمى جاهدة إلى تحقيقه .

وبذلك تنفتح قلوب النساء لهذا العمل الجليل فيقبلن راضيات على إرضاع من حرم الأرضاع بوفاة أمه أو عجزها عنه لأي سبب ما دام في ذلك ارتفاع بهن إلى تلك المكانة السامية فتصير به المرضعة أما للرضيع بعد أمه التي ولدته حتى يقف منهما موقفاً سواء في التكريم والاحترام . وقد تصاب المرضع بموت أولادها فتجد العزاء فيمن أرضعتهم وتعيش مع الأمومة رغم فقدها لمن ولدتهم .

وكم للحكيم سبحانه من حكم وأسرار وراء كل حكم من أحكامه تسعى العقول جاهدة للكشف عنها فينتهي بها المطاف إلى العجز والتسليم فتهتف قائلة : سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم .

وإلى هنا ينتهي الكلام عن المحرمات على التأييد وشرح أسباب تحريمهن فننتقل إلى الكلام عن النوع الثاني من المحرمات وهن المحرمات على التأقيت .

---

* الطائفة الدرزية جاء قانونها خالياً من النص على التحريم بالرضاع فاقتصر على التحريم بسبب القرابة المحرمية والمصاهرة م ١٢ ، ١٣ . وهل يعتبر ذلك سكوتاً عن الرضاع فيرجع فيه إلى مذهب الحنفية أم يعتبر هذا القصر مقصوداً فلا تحريم بالرضاع عندهم ؟

الفصل الثاني

في المحرمات تحريما مؤقتا وفيه مباحث

قدمنا أول الكلام على المحرمات أن المانع من الزواج إن كان أمرا قابلا للزوال كانت المرأة محرمة تحريماً مؤقتاً وقد عد منها الفقهاء أصنافاً . أهمها :

١ – من تعلق بها حق للغير . ٢ الجمع بين محرمين
٣ – المطلقة ثلاثا قبل أن تتزوج غير مطلقها ٤ – من لا تدين بدين سماوي . ٥ – المرأة التي لا عنها زوجها حتى يكذب نفسه .
٦ – الزيادة على أربع . وإليك تفصيل الكلام عليها :

المبحث الأول

في من تعلق بها حق للغير بالزوجية أو بالاعتداد بعدها

يحرم على المسلم التزوج بزوجة غيره لأن الله عدها من المحرمات في قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم . » إلى أن قال : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » النساء/ ٢٤ ولفظ المحصنات وإن أطلق في القرآن على العفيفات غير المتزوجات كما في قوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين

غير مسافحين » . / المائدة / ٥ وقوله : والذين يرمـون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » النور / ٤ .

إلا أن المراد منه هنا المتزوجات بأجماع العلماء وإلا لتناقضت مع آية المائدة حيث عدها ممن أحل لنا .

ولفظ المحصنات عام يشمل كل متزوجة مسلمة كانت أو غير مسلمة . لم يستثن من ذلك إلا الزوجـة التي سبيت وحدها دون زوجها لأن القرآن استثني من المحصات ما ملكت في قوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم [1] .

وأما تحريم المعتـــدة من غيره سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو عن وفاة فبالآيات التي أوجبت على المرأة الاعتداد وهي قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقـــوله : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقـــوله جل شأنه : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » .

فإذا كان الشارع أوجب على المعتدة الانتظار من غير زواج تكون في هـــذه المدة محرمة على الرجال الأجانب على أن النهى عن تزوج المعتدة عن وفاة جاء صريحاً في قوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتي يبلغ الكتاب أجله » بعد أن نفى الجناح عن التعريض بالخطبة . وهذه وإن كانت في شأن المعتدة عن وفاة إلا أنه لا فرق بين معتدة ومعتدة فتكون كل معتدة محرمة على غير من اعتدت منه .

لكن يجوز لمن اعتدت منه أن يتزوجهـا في العدة بدون عقد ومهر إذا كان

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٦٨ .

الطلاق رجعياً ، وبعقد ومهر جديدين إذا كان الطلاق بائناً ببنونة صغرى ، وأما في البينونة الكبرى فلا تحل لمطلقها إلا بعد أن تتزوج بآخر ويدخل بها ثم يطلقها وتنقضي عدتها .

وهذا التحريم متفق عليه . فإذا عقد الرجل زواجه على زوجة الغير أو معتدته كان العقد فاسداً لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج إن لم يدخل بها ، فإن دخل بها قبل انتهاء عدتها كان لها المهر بما استحمل منها وهو مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهراً أو الأقل منهما إذا وجدت تسمية وعليها العدة ، بل زاد الجعفرية على ذلك أنه لو عقد على المعتده وهو يعلم أنها محرمة عليه حرمت عليه مؤبداً وإن لم يدخل بها ، وكذا لو عقد عليها ودخل بها وهو يجهل حرمتها ، أما مجرد العقد مع الجهل بالحرمة فلا يستلزم تأبيد الحرمة [1] **ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد أو مخالطة بشبهة لأن الولد من كل منهما محترم لثبوت نسبة من أبيه .**

والحكمة في تحريم زوجه الغير ومعتدته أن في التزوج بهاتين اعتداء على الزوج . أما في حال قيام الزوجية فظاهر ، وأما في العدة فإن آثار الزواج لا زالت باقية ، ولأنه قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب في بعض الصور .

وقانون حقوق العائلة يصرح في مادته الثالثة عشرة بأن « التزوج بمنكوحة الغير ومعتدته ممنوع » .

حكم الزواج بالزانية:

الزنى لا يحرم الزواج بالمزنى بها لأنه لا عدة عليها ولم تتعلق بها حق للغير

---

(١) المختصر النافع وفقه الأمام جعفر الصادق جـ ٥ ص ٣٠٢ فالعقد مع الدخول محرم أبدا سواء كان عالماً بالحرمة أولا ، وأما مجرد العقد فلا يؤبد التحريم إلا مع العلم بالحرمة ومع ذلك قالوا يجب عليه المهر ويلحق به الولد لأنه وطء بشبهة .

والمسألة فيها التفصيل الآتي :

إن كان مريد الزواج بها هو من زنى بها صح العقد عليها والدخول بها عقب العقد سواء كانت حاملا أو غير حامل . وهذا لا خلاف فيه إلا ما روى عن الحسن البصري من أنه لا يصح الزواج من الزانية . وإذا تزوجها وجاءت بولد بعد ستة أشهر من وقت العقد عليها ثبت نسبة منه، وإن جاءت به لأقل منها لا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعى أنه ولده من غير أن يصرح بأنه من الزنا لاحتمال أنه جاء نتيجة عقد سابق أو مخالطة بشبهة ، والأصل أن حال المسلم يحمل على الصلاح ، ولأن في ذلك سترا على الأعراض وهو مطلوب شرعاً ، وإن كان غيره فان لم تكن حاملا صح العقد عليها عند جمهور الفقهاء ، وجاز له الدخول بها من غير كراهة .

وذهب محمد بن الحسن إلى كراهة الدخول بها حتى يستبرئها بحيضه لجواز أن تكون حاملا . وإن كانت حاملا بيقين صح العقد عليها عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي إلا أنه لا يحل الدخول بها حتى تضع الحمل . أما صحة العقد عليها فلأنها لم تذكر في المحرمات فتدخل في عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأن الزنا لا حرمة له حيث لا يثبت به النسب . وفي هذا يقول رسول الله ﷺ « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وإذا لم يكن له حرمة فلا يكون مانعاً من الزواج . وأما امتناع الدخول بها فلأنه يؤدي إلى أن يسقى ماءه زرع غيره وهو منهى عنه شرعاً لقول رسول الله « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف وزفر من الحنفية وأحمد في رواية لا يصح العقد عليها . لأن هذا الحمل يمنع من الدخول بها فيكون مانعاً من العقد لأن العقد لا يقصد إلا للدخول.

ويرد على هذا بأنه قد قام الدليل على تحريم الدخول بها وبقى ما عداه على الحل .

ويرى الجعفرية أن المزنى به بها إن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي حرمت على الزاني أبداً، وإن كانت خلية جاز للزاني أن يتزوجها والدخول بها وإن لم تتب على المشهور عندهم. وفي قول يكره الزواج بها حتى تتوب. وكذا يجوز لغيره التزوج بها والدخول وإن كانت حاملاً غير أنه يستحب له ألا يقربها حتى تضع حملها.

المبحث الثاني

في الجمع بين محرمين

المحرمان كل امرأتين تربطهما علاقة محرمية كالأختين والبنت وأمها أو جدتها، والمرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو أختها[1] فإننا لو فرضنا إحداهما ذكراً لا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنه يؤدي إلى أن يتزوج الأخ أخته.

والأصل في تحريم هذا قوله تعالى في سياق المحرمات «وأن تجمعوا بين الأختين» وليس المراد الجمع بين الأختين فقط بل هو أشارة إلى كل جمع فيه علاقة كعلاقة الأختين، لأن القرآن لم يأت لبيان تفاصيل أحكام الجزئيات، ولهذا جاءت السنة مبينة هذا الأجمال فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها ولا ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم[2]» وزاد في بعض الروايات:

---

(١) وكالمرأتين اللتين كل منهما عمة للأخرى أو كل واحدة منهما خالة للأخرى. فالأولى كما إذا تزوج كل من رجلين بأم الآخر وأتى كل واحد منهما ببنت فكل من البنتين عمة للأخرى، والثانية كما لو تزوج كل من رجلين بنت الآخر وأتى كل منهما ببنت فكل من البنتين خالة للأخرى. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٥٢.

(٢) راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٧ وما بعدها والبدائع جـ ٢ ص ٢٦٢ والحديث ليس فيه تكرار وإنما هو لبيان أن الجمع ممنوع بين الجانبين تقدمت العمة=

« لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى » .

فالحديث بين بعض الصور وصرح بعلة هذا التحريم وهي قطع الرحم التي بين الأقارب لما يقع بين الضرائر عادة من الغيرة المؤدية إلى التباغض والتنازع وقطع الرحم حرام فما أفضى إليه يكون حراماً، وعلى ضوء الآية والحديث قرر الفقهاء قاعدة لتحريم الجمع تقول « يحرم الجمع بين كل امرأتين لو فرضنا إحداهما رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى » لما في هذا الجمع من قطع الوصلة بينهما .

ولما كان الرضاع يأخذ حكم النسب بالحديث « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » عمموا في القاعدة فجعلوها شاملة للجمع بين المرأتين اللتين ربطتهما رابطة النسب أو الرضاع، فكما يحرم الجمع بين الأختين نسباً يحرم الجمع بين الأختين رضاعاً ، وكما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من النسب يحرم الجمع بينها وبين عمتها أو خالتها من الرضاع [1] .

ثم إن القاعدة السابقة يشترط فيها عند جمهور الفقهاء أن تكون من الجانبين على معنى أننا لو فرضنا كلاً من المرأتين رجلا لا تحل له الأخرى كالأختين والمرأة وبنتها والمرأة وعمتها أو خالتها وما شابه ذلك فإن التحريم ثابت من الجانبين .

أما إذا كان من جانب واحد فقط كما في زوجة الرجل وابنته من غيرها فإننا لو فرضنا البنت رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضنا

— والخالة أو تأخرت ولو اقتصر على شطره الأول لتوهم أن الجمع ممنوع من جانب واحد كما في إدخال الأمة على الحرة.

(1) وخالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقصرا منع الجمع على ما كان بالقرابة النسبية واما قرابة الرضاع فلا تمنع الجمع فيجوز للرجل ان يجمع بين الأختين من الرضاع لأن الحديث يقول «فقطعتم أرحامكم » والرضاع لا يثبت رحماً ، ويرد عليهم بأن الحديث الآخر أعطى الرضاع حكم النسب فكل ما حرم بالنسب يحرم بالرضاع .

الزوجة رجلاً حــل له التزوج بالبنت لأنها أجنبية عنه حيث إن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة الأب فانعدمت العلاقة بينهما . وعلى ذلك يحل للرجل أن يجمع بين امرأة وامرأة أخرى كانت زوجة لأبي الأولى من قبــل . ومثلها المرأة وزوجة ابنها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً لا يحل له التزوج بالأخرى لأنها حليلة ابنه، ولو فرضنا زوجة الإبن رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم المحرمية بينهما لأن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة للإبن .

وكذلك المرأة وأم زوجهـا لأننا لو فرضنا المرأة رجـلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم العلاقة بينهما، ولو فرضنا أم الزوج رجلاً لحرم عليها التزوج بالأخرى لأنها حليلة ابنه وهكذا في سائر الصور المشابهة ، وإنما جاز الجمع في تلك الصور لعدم العلاقة المحرمية المانعة من الجمع فأشبهت الأجنبيات فيدخلن تحت عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » [1] .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة . فالمادة السادسة عشرة تقول « جمع امرأتين بالنكاح كل منها محرم للأخرى نسباً أو رضاعاً ممنوع ومن المعلوم أن جمعها ممنوع أبداً إذا كانت كلتاهما لو فرضت ذكراً لا يجوز تزوجه بالأخرى كالأختين أما إذا كانت إحداهما لو فرضت ذكراً ممنوع تزوجه بالأخرى وبالعكس غير ممنوع فيجوز جمعها بالنكاح كالبنت وزوجة الأب » .

وذهب الجعفرية إلى أن الجمع الممنوع هو الجمع بين الأختين لنص القرآن على ذلك، أما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وبالعكس فجائز لكنهم شرطوا في إدخــال البنت على عمتها أو خالتها إذنها ، فإن لم تأذنا لا يجوز، وعبارتهم : تحرم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها فإن

---

(١) خالف في ذلك زفر من الحنفية وقال : يكفي وجود المانع من أحد الجانبين وعلى ذلك يمنع الجمع في تلك الصور لشبهها بالمرأة وعمتها التي ورد بها النص ، وهو مروى عن الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى كما يقول ابن قدامة في المغني جـ ٦ ص ٥٨٨ .

أذنت إحداهما صح ، وكذا لو أدخل العمة أو الخالة على بنت الأخ والأخت صح إطلاقاً أي سواء أذنت أو لم تأذن . قالوا : لأن الله بعد عد المحرمات قال « وأحل لكم ما وراء ذلكم » فإن هذا يشمل الجمع بينهما ولو كان محرماً لنص عليه القرآن كما نص على تحريم الجمع بين الأختين .

أمـا شرط الإذن من العمة والخالة فقد دلت عليه الرواية عن الإمام جعفر الصادق قال : لا تزوج بنت الأخ و" بنت الأخت على العمة ولا على الخالة إلا بإذنهما وتزوج العمه والخالة على بنت الأخ والأخت من غير إذنهما »[1] .

وأنت ترى أن عدم نص القرآن على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أوخالتها لا يجعله مباحاً بعد أن بينه رسول الله ونص عليه والله يقول « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

ولو كان عدم نص القرآن على الحكم مفيداً للإباحة لجاز للشخص أن يجمع بين المرأة وبنتها ولا يقول بذلك أحد إلا أن يقولوا : أنالجمع بين المرأة وبنتها تثبت تحريمه بدلالة النص لأن قرابـة الأولاد أقوى من قرابة الأخوة فيكون النص شاملاً لها . ويظهر أن الحديث لم يصح عندهم فأخذوا بقول الإمام الذي يعتبرونه حجة ولكل وجهة هو موليها .

ولا فرق في حرمة الجمع بين الجمع الحقيقي بأن عقد عليهما في وقت واحد أو في وقتين مختلفين وبين الجمع الحكمي بأن تكون إحداهما زوجة والأخرى معتدة منه بعد طلاقها، فإذا طلق الرجل امرأته وفي أثناء عدتها تزوج أختها أو عمتها أو خالتها يكون جامعاً بينهما لبقاء آثار زواج المطلقة في هذه الحالة .

غير أن المسألة فيها تفصيل للفقهاء ، من طلق زوجته طلاقاً رجعياً لا يجوز

---

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٠ وفقه الإمام جعفر الصادق جـ ٥ ص ٢٠٠ الاستبصار جـ ٣ ص ١١٨ .

له التزوج بواحدة ممن حرم عليه الجمع بينهن وبين من طلقها في أثناء العدة، فإن فعل ذلك كان زواجه فاسداً لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل الثابتين بالزواج فيكون الزواج بعده قائماً حكماً فإذا تزوج الأخرى كان جامعاً بينهما والجمع بين المحارم غير جائز شرعاً . .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية منعوا التزوج بالأخرى أثناء العدة يستوي في ذلك الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى لأنه يكون جامعاً بين محرمين ببقاء بعض أحكام الزواج الأول من حق الاحتباس فإن الزوج المطلق يملك منعها من الخروج وقيام الفراش بينهما حكماً حتى لو جاءت بولد في المدة المقررة ثبت نسبه منه كما يحرم عليها التزوج بزوج آخر فكان النكاح قائماً من وجه [1] .

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية [2] إلى أنه يجوز له التزوج في أثناء العدة لأن الطلاق البائن قطع وصلة النكاح فصارت كالأجنبية فلا يكون جامعاً بين محرمين لأن الجمع المحرم هو الجمع في النكاح وقد زال في إحداهما .

ونحن إذا نظرنا للعلة التي من أجلها حرم الجمع وهي قطع الرحم لوجدناها قائمة في التزوج أثناء العدة ، بل هي أشد ، لأن من يطلق زوجته ثم يبادر إلى التزوج بأختها أو عمتها أو بنت أخيها يؤلم المطلقة ألماً شديداً ويجعلها تمتلىء حقداً وكراهية للتي تزوجها، وربما أرجعت طلاقها إلى تدبير سابق بينه وبين من تزوجها وهذا لا شك مؤد إلى قطع الرحم المنهى عنه فيرجح بذلك مذهب الحنفية . وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم بمصر .

وفي لبنان بالنسبة للمحاكم السنية ، لأن قانون حقوق العائلة الواجب العمل

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٦٤

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٥٥ والمختصر النافع ص ٢٠٣ ، فقه الأمام جعفر جـ ٥ ص ٢٠٥ .

به فيها لم ينص على هذا الحكم فيكون المرجع فيه المذهب الحنفي .

أثر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما :

إذا جمع بين الأختين ومن في حكمهما فإن كان بعقد واحد كأن تزوجهما بعبارة واحدة فنكاحهما باطل لعدم المرجح لإحداهما على الأخرى لتحقق الجمع بكل منهما ، وحينئذ يفرق بينه وبينهما فإن كان قبل الدخول فلا شيء لهما ، وإن كان بعد الدخول بهما وجب لكل منهما مهر المثل إن لم يكن سمى لهما مهراً أو الأقل منه ومن المسمى إن كان سمي لهما . وإذا دخل بإحداهما وجب لهـــا ذلك دون الأخرى .

وإن جمع بينهما بعقدين وعـــلم الأول منهما كان الأول صحيحا إذا استوفى شرائطه وأركانه لأنه لا جمع فيه ويبطل الثاني لأن الجمع حصل به فبالعقد على الأولى حرمت الثانية ولا يصح عقـــده عليها حتى تبين الأولى بالطلاق وانقضاء عدتها .فيجب عليه أن يفارقها، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما ولا شيء لها إذا لم يدخل بها ، ولها مهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى إن دخل بها . ووجب عليها العدة ، وإذا خالط صاحبة العقد الفاسد وجب عليه ألا يقرب صاحبة العقد الصحيح إلا بعد انقضاء عدة الثانية حتى لا يكون جامعاً بينهما .

وإن تزوجها بعقدين ولا يعلم المتقدم على المتأخر أو علم ونسى كما إذا وكل شخصين بتزويجه فزوجه كل واحد منهما إحداهما ولا يعرف تاريخ العقدين بطل العقدان لأن إحداهـــا محرمة عليه ونكاحهـــا باطل ولا نعرف الحالة له فقد اشتبهتا عليه ولا مرجح لأحد العقدين على الآخر وإذا بطل العقدان وجب التفريق بينهما .

فإذا فرق بينه وبينهما فما يجب لهما من المهر ؟

هذان العقدان أحدهما صحيح في الواقع ويجب فيه ما يجب في العقد الصحيح

نصف المهر قبل الدخول وكل المهر بعده . والآخر غير صحيح لا شيء فيه قبل الدخول ومهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى بعد الدخول ، وكل منهما يحتمل أن يكون عقدها صحيحاً أو فاسداً. فإذا كان التفريق قبل الدخول وسمى لكل منهما مهراً مساوياً للأخرى وجب لهما نصف مهر إحداهما قسم بينهما مناصفة، وإن اختلف المسمى استحقت كل واحدة منهما ربع مهرها المسمى وإن كان بعد الدخول وجب لهما مهر إحداهما المسمى ومهر مثل الأخرى يقتسمانه بينهما مناصفه عند التساوي بين المهرين، وإن اختلف المهران أخذنا الأقل لأنه المتيقن فإذا سمى لكل منهما مائة وكان مهر مثل كل منهما ثمانين أخذنا مائة وثمانين ونصفناها ، وإذا سمى لكل منهما مائة واختلف مهر المثل أخذنا أحد المسمين وأقل المثلين ، وإذا اختلف المسمى واتحد مهر المثـــل أخذنا أحد المثلين وأقل المسميين ، وإذا اختلف المسمى ومهر المثل أخذنا أقل كل منهما ونصفنا المجموع بينهما[1] .

ويلاحظ هنا أن الجمع إذا كان بين امرأة وبنتها ودخل بهما حرمتا عليه مؤبداً لأن الدخول بعد العقد الفاسد موجب للتحريم كما سبق ويقوم مقام العقد الصحيح فلا يحـــل له أن يعقد على واحدة منهما بعد ذلك لا نعلم في ذلك خلافاً .

---

(١) هذا التفصيل مذهب الحنفية . والمذاهب الأخرى تتفق معه في الجملة وإن كانت تختلف معه في بعض التفاصيل . راجع المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٨١ وما بعدها وبداية المجتهد ، والبدائع جـ ٢ ص ٢٦٣ ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة والجعفرية يوجبون في كل نكاح فاسد بعد الدخول مهر المثل لا المسمى راجع للجعفرية شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٣٣ .

المبحث الثالث

في المطلقة ثلاثا

المطلقة ثلاثاً تحرم مؤقتاً على مطلقها فتحرم عليه حتى تتزوج زوجاً آخر ويطلقها بعد الدخول بها وتنقضي عدتها . فإذا زال المانع بأن تزوجت غيره ثم طلقها لسبب من الأسباب أو مات عنها وانقضت عدتها حلت لزوجها الأول فجاز له أن يعقد عليها من جديد .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فإن المراد بها الطلقة الثالثة بدليل قوله قبلها « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان « البقرة / ٢٢٩ ولا بد في حلها له من دخول الزوج الثاني بها دخولاً حقيقياً كما صرحت به السنة في قول رسول الله للمرأة التي تزوجت زوجاً آخر وأرادت الرجوع إلى زوجها الأول قبل أن يدخل بها الثاني دخولاً حقيقياً « لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » .

وعلى هذا عامة الفقهاء في جميع العصور إذا استثنينا ما روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من أنهما لم يشترطا الدخول في الحل . ولعل الحديث لم يبلغهما .

والحكمة في هذا التحريم هي إقامة حاجز منيع بين الزوج والإقدام على الطلاق الثالث بعد إيقاعه الأوليين الذين كان يملك بعدهما إعادة زوجته بمحض اختياره، فإنه إذا علم أنه إذا طلقها الثالثة لا يستطيع إعادتها إليه إلا بعد توسط زوج آخر يحل له منها ما كان حلالاً له وقد لا تعود إليه كما يحدث أحياناً . أمسك زمام نفسه خشية الوقوع فيما يأنف منه الرجال ، وكذلك المرأة إذا علمت ذلك كفت نفسها عما يثير النزاع محافظة على حياتهما الزوجية .

فإذا أفلت الزمام من أيديهما ووقع الطـــلاق الثالث كان ذلك دليلا على استحالة الحياة بينهما ، وهنا يدخلان في تجربة قاسية لا مفر منها تجعل كلا منهما يفكر بعقله لا بعواطفه إذا ما تزوجا من جديد . لأن المرأة تكون قد خبرت الحياة الزوجة مع غيره وتستطيع حينئذ الموازنة بين الحياتين فتعرف فضله ، وهنـــا يستأنفان حياة جديدة عمادها المحبة والوفاق والتغاضي عن الهفوات .

بقي أن نقول : « إن الفقهاء جميعاً على اختلاف مذاهبهم متفقون على أن الطلاق الثلاث من أسباب التحريم المؤقت وأن تكرر أكثر من مرة . فمتى زال المانع جاز للزوج الأول العقد عليها وتعود إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات .

ولكن الشيعة الجعفرية استثنوا صورة واحدة جعلوا هذا الطلاق فيهاموجباً للتحريم المؤبد، وهي ما إذا طلقها تسع مرات طلاق العدة . وصورته أن يطلق الرجل زوجته ويراجعها في العدة ويخالطها ثم يطلقها في طهر آخر ثم يراجعها في العدة ويخالطها ثم يطلقها في طهر آخر . وحينئذ تحرم عليه حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا عقد عليها ثانية وطلقها ثلاثاً على الوجه السابق ، ثم تزوجت بآخر وطلقها وتزوجها الأول مرة ثالثة وطلقها ثلاثـــاً على الصورة السابقة وكملت التطبيقات تسعاً حرمت عليه مؤبداً . فالشرط في ذلك أن يراجعها في العدة ويخالطها قبل أن يطلقها . فإن راجعها في العدة ولم يخالطها أو تزوجها في كل مرة بعد انتهاء عدتها فلا تحرم عليه مؤبداً ولو طلقت مائة مرة [1] . ولم أقف لهم على دليل في ذلك .

---

(١) فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ مغنية جـ ٥ ص ٢٠٨ .

المبحث الرابع

في المرأة التي لاعنها زوجها حتى يكذب نفسه

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو نفى ولدها عن نفسه ولم يثبت ذلك بالبينة التى تثبت الزنى وهي أربعة شهود عدول . فعلى القاضي أن يجرى بينهما اللعان . وهو أن يقسم الرجل أربع مرات بالله إنه صادق في دعواه ويقول في الخامسة : إن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتقسم هي أربع مرات بالله إنه كاذب في دعواه وتقول في الخامسة : إن عليها غضب الله إن كان من الصادقين. فإذا فعلا ذلك تم اللعان بينها ويفرق بينهما وتحرم عليه ولا تحل له إلا إذا عاد وكذب نفسه، فإذا كذب نفسة أقيم عليه حد القذف وحلت له بعد ذلك فيجوز له أن يعقد عليها عقداً جديداً. وهذا هو الرأي الراجح في مذهب الحنفية وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وسبب هذا التحريم أنه بعد حصول ذلك اللعان تنعدم الثقة بينهما والزواج ينبني أولاً على وجود الثقة بين الزوجين ، فإذا ما كذب نفسه تعود الثقة فيحل العقد عليها إذا رغبت في ذلك . لأنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه، لأن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب فإذا انكشف ارتفع التحريم .

وذهب الجمهور الأئمة الثلاثة والجعفرية [1] وأبو يوسف من الحنفية وغيرهم إلى أن اللعان فسخ يوجب تحريماً مؤبداً لا يرتفع بحال وإن أكذب نفسه للحديث الذي رواه أبو داود عن سهل بن سعد « مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق

---

(١) يقول الحلي في المختصر النافع ص ٢٠٢ : اللعان ويثبت به التحريم المؤبد وكذا قذف امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان .

بينهما ثم لا يجتمعان أبداً » وما رواه الدارقطني عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً »[1] .

المبحث الخامس

في تحريم من لا تدين بدين سماوي :

والمراد بها من لا تؤمن بكتاب سماوي أنزل على رسول من الرسل في حينه، ولتوضيح هذا نقول : إن المخالفين للمسلمين في الدين أصناف ثلاثة :

الأول : من ليس لهم كتاب سماوي ولا شبهة كتاب . وهؤلاء هم الذين يعبدون غير الله من الأصنام والأوثان والشمس والقمر والنجوم والنار والحيوان وغير ذلك. ومنهم الملاحدة الذين لا يدينون بدين مطلقاً ويحاربون الأديان كلها. ويلحق بهم الرافضة الذين ينكرون المعلوم من الدين بالضرورة فيعتقدون أن جبريل غلط في الوحي فأوحى إلى محمد مع أن الله أمره بالأيحاء إلى علي ، أو يدعون ألوهية علي ، وكذلك المرتدون وهم الخارجون عن الأسلام وإن انتقلوا إلى دين سماوي آخر لأنهم لا يقرون على ما انتقلوا إليه فلا دين لهم . كما يلحق بهم كل من اعتقد مذهباً يخرج صاحبه من الإيمان إلى الكفر كالبابية أو البهائية ، والقاديانية أو الأحمدية .

فالفرقة الأولى ظهرت أولاً في إيران نسبت إلى زعيمها الأول ميرزا علي محمد الذي لقب بالباب[2] ثم زعيمها الثاني الذي لقب ببهاء الدين. وقد ابتدع هذا وذاك أموراً تتنافى مع الأسلام.

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٠ .

(٢) أي الباب إلى الأمام المستور لأنه كان من الشيعة الأثنى عشرية ثم فسد وابتدع ما يخرجه عن الأسلام .

كجعلها الصلاة تسع ركعات في اليوم والليلة ، والصوم تسعة وعشرين يوماً من شروق الشمس إلى غروبها ويكون في الاعتدال الربيعي بحيث يكون عيد الفطر هو يوم النيروز على الدوام ، كما أبطلا الحج وزعما أن شريعتها نسخت الشريعة الأسلامية مع دعوى الأول النبوة والثاني الألوهية إلى غير ذلك من الخرافات السخيفة .

والفرقة الثانية تنسب لرجل من بلدة قاديان من بلاد الهند يسمى غلام أحمد ادعى النبوة وأنه المسيح عيسى بن مريم الذي أخبر الرسول عنه أنه ينزل آخر الزمان لقتل المسيح الدجال .

وأنه أوحى اليه أن المسيح مات ، بل إنه اكتشف قبراً لولي من الأولياء قال عنه إنه قبر المسيح عيسى لأنه لما فر من اليهود رحل إلى هذا المكان فمات ودفن فيه ، ولكي يستر دعوته لم يزعم أنه جاء بشريعة جديدة ، بل أنه مجرد مجدد لشريعة الأسلام . ومن أحكامه التي ابتدعها أنه لا يجوز تزوج القاديانية إلا لمن آمن بمبادئهم ويجوز للقدياني أن يتزوج من غير قاديانية وكأنه بذلك يعامل المسلمين معاملة أهل الكتاب .

الصنف الثاني : من لهم شبهة كتاب ، وهؤلاء هم المجوس الذين يعبدون النار فقد قيل إن الله أنزل على نبيهم وهو زرادشت كتاباً فحرقوه وقتلوا نبيهم فرفع الله هذا الكتاب من بينهم .

الصنف الثالث : من لهم كتاب سماوي يؤمنون به كاليهود الذين يؤمنون بالتوراة والنصاري الذين يؤمنون بالتوراة والأنجيل .

فالصنف الأول يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منه تحريماً مؤقتاً حتى تؤمن بالله .

كما لا يجوز للمسلمة أن تتزوج برجل من هؤلاء إلى أن يؤمن لقوله تعالى « لا

تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » البقرة / ٢٢١.

كما لا يجوز الزواج بهن ابتداء لا يجوز بقاء. فيما إذا أسلم واحد منهم وكان متزوجاً بمن تشاركه في عقيدته ولم تدخل في الأسلام فإنه يفرق بينهما (١) وينتهي ذلك الزواج. لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » الممتحنة/١٠.

والمراد بالكوافر المشركات. ولفظ المشرك وان كان يتبادر منه عبدة الأوثان وكل من عبد غير الله في لغة القرآن إلا أنه في عرف الشرعيين - بعد وجود طوائف عديدة - يشمل هؤلاء جميعاً.

يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٧ : يدخل في عبدة الأوثان الزنادقة والباطنية والأباحية وكل من اعتقد مذهباً يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً.

والحكمة في تحريم زواج المسلم بمن لا دين لها أن الزواج مشروع للأغراض

---

(١) وهل تقع الفرقة بينهما بمجرد الأسلام أو تتوقف على شيء آخر. فأبو حنيفة يقول إذا كان في دار الأسلام لا تتعجل الفرقة بل يعرض الأسلام على الآخر فإن أباه وقعت الفرقة بينهما وأن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقه، فأن كان الأباء من الزوج كانت الفرقة طلاقاً، وأن كان من الزوجة كانت الفرقة فسخاً لأنها لا تملك الطلاق ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان قبل الدخول أو بعده. والشافعية والحنابلة إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما وإن كان بعد الدخول يقف التفريق إلى انقضاء العدة لأن الآخر ربما أسلم قبل انقضائها. وإذا انقضت العدة وقع التفريق منذ اختلاف الدين ويكون التفريق طلاقاً، وقال مالك إن أسلم الرجل والمرأة حاضرة عرض عليها الأسلام ثم فرق بينهما إذا أبت وأن كانت غائبة تعجلت الفرقة، وإذا أسلمت أو لا وقف على انقضاء العدة، المغنى ج ٦ ص ٦١٤ وما بعدها.

الكريمة التي بيناها فيما سبق ، وزواج المشرك لا يحقق تلك الأغراض لبعد ما بين الزوجين .

فهذا يؤمن بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر وما فيه من ثواب وعقاب وتلك لا تؤمن بشيء من ذلك ، وكل منهما يتمسك بما يعتقده ويدافع عنه فيكونان على طرفي نقيض وحياتهما إما منازعة ومخاصمة فلا يتحقق السكن ، وإما مسالمة قد تستهوي فيها المرأة الرجل بما فيها من جمال ولين طباع وأحكام التدبير لجذب زوجها إليها . فتبزل قدمه فيتهاون في دينه أو يضيعه . وهذا ما يشير إليه قوله تعالى في الآية السابقة تعليلاً للنهى عن ذلك الزواج «أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » .

وأما المرتدة عن الأسلام فجزاؤها إما القتل إن لم تتب على رأي أو الحبس الدائم حتى تعود إلى الأسلام أو تموت . ومع هذا أو ذاك كيف يحقق الزواج بها مقاصد الشارع منه .

فالمرتدة لا يجوز أن يتزوجها أحد مسلماً كان أو كتابياً أو مشركاً حتى ولو كان مرتداً مثلها لأنها لا دين لها تقر عليه . والزواج يعتمد على الدين

وأما الصنف الثاني فقد اختلف الفقهاء في تحريم الزواج منه بناء على اختلافهم في هل لشبهة الكتاب من أثر ما للكتاب من أثر في حل التزوج أو لا ؟

فجمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى تحريم تزوج المسلمين من نسائهم ، لأن حقيقة المجوس أنهم يعبدون النار فيدخلون في عداد المشركين الذين لا يدينون بدين سماوي . وقد عدهم القرآن فرقة مغايرة لأهل الكتاب في قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » الحج / ١٧ . كما بين لنا رسول الله أنهم ليسوا بأهل كتاب ولا يحل التزوج منهم في قوله « سنوا بهم

سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم) وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم وهو يأمر المسلمين أن يعاملوهم معاملة أهل الكتاب في حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية دون التزوج بنسائهم وأكل ذبائحهم .

وخالف داود الظاهري فذهب إلى حل التزوج بالمجوسية نظراً لشبهة الكتاب، ولعل الحديث لم يصله وإلا لقال بمقتضاه . ويوافقه في ذلك أبو ثور من أصحاب الشافعي كما يقول ابن قدامة [١] وغيره .

والجعفرية لهم في ذلك رأيان . رأي بالحل وآخر بالحرمة ، واختلف علماؤهم في الترجيح بين الرأيين فمنهم من يرجح الحل ومنهم من يرجح الحرمة [٢] .

وأما الصنف الثالث : فيحل التزوج بنسائه عند جماهير الفقهاء لقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ... إلى قوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب حل لكم » المائدة / ٥ . والمراد بأهل الكتاب في هذه الآية أهل التوراة والانجيل . وهم اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم لأن القرآن يخاطب هاتين الطائفتين من قبلنا بيا أهل الكتاب وهو دليل على ذلك ومع تصريح الآية بحل المحصنات من أهل الكتاب الذي اتفق عليه جماهير الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في هل هذا الحل مطلق أو أنه مقيد ؟

وهذا الاختلاف وقع في أمرين :

أولهما : هل يشترط في حل الكتابية أن يكون أبواها كتابيين أو يكفي أن يكون أحدهما كتابياً والآخر وثنياً أو مجوسياً ؟

يذهب الحنابلة والشافعية في الأظهر عندهم إلى أنه يشترط في حلها أن يكون أبواها كتابيين فلو كان أحدهما كتابياً والآخر غير كتابي لا تحل

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٥٩١ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٣ ، فقه الامام جعفر جـ ٥ ص ٩ .

حتى ولو كانت بالغة واختارت دين أهل الكتاب ، لأنها ليست خالصة من أهل الكتاب لأنها مولودة بين من يحل ومن لا يحل [1] ، والحنفية يكتفون بكون أحدهما كتابياً لأنها تكون تابعة لأفضلهما ديناً فتعطى حكم أهل الكتاب كما لو كان أحد الأبوين مسلماً فإن الولد يتبع خير الأبوين ديناً [2]

ثانيهما : إن الكتابية إذا اعتقدت التثليث أو قالت عزير ابن الله أو المسيح ابن الله فهل يمنع من حل زواجها للمسلم ؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمسلم التزويج بها لأنها تدخل في المشركات التي منع القرآن نكاحهن ، واستدلوا على ذلك بأن القرآن وصف ذلك بالشرك في قوله تعالى « لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح ابن مريم ،وقال المسيح يابني إسرائيل إعبدوا الله ربي وربكم إنه من يشرك بالله فقد حرم الله عليه الجنة ومأواه النار وما للظالمين من أنصار. لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد وان لم ينتهوا عما يقولون ليمسن الذين كفروا منهم عذاب أليم أفلا يتوبون إلى الله ويستغفرونه والله غفور رحيم .ما المسيح ابن مريم إلا رسول قد خلت من قبله الرسل وأمه صديقة كانا يأكلان الطعام انظر كيف نبين لهم الآيات ثم انظر أني يؤفكون . قل أتعبدون من دون الله ما لا يملك لكم ضراً ولا نفعاً والله هو السميع العليم » المائدة ٧٢/٧٦ .

وفي قوله « وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواههم يضاهئون قول الذين كفروا من قبل قاتلهم الله أني يؤفكون . اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح ابن مريم وما أمروا إلا ليعبدوا إلها واحداً لا إله إلا هو سبحانه عما يشركون » التوبة /٣٠، ٣١

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٥٩٢ وشرح المنهاج جـ ٢ ص ٢٥٢ للشافعية وعبارته « وتحرم متولدة من وثنى وكتابية وكذا عكسه في الأظهر » .

(٢) البدائع جـ ٢ ص ٢٧١ .

وذهب الجمهور إلى أنه لا يمنع من حل زواجها لأن آية الحل جاءت مطلقة لم تقيدها بقيد غير أنها من أهل الكتاب. والقرآن عطف المشركين على أهل الكتاب في أكثر من آية والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه . منها قوله تعالى « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا » المائدة / ٨٢ .

وقوله « ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربكم » البقرة / ١٠٥

وقوله « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » البينة / ١ .

وقوله « إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم خالدين فيها أولئك هم شر البرية » البيئة / ٦ .

وقوله « لتبلون في أموالكم وأنفسكم ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيراً » آل عمران / ١٨٦

تلك وجهة كل من الرأيين . فأصحاب الرأي الأول يقولون : إن القرآن وصف هؤلاء بالشرك ، فيدخلون في المشركين المحرم الزواج بنسائهم، وأصحاب الرأي الثاني يمنعون دخولهم في المشركين لأن الله عدهم طائفة أخرى غير المشركين إستناداً إلى قضية العطف .

ونحن نقول : إن من يتأمل منهج القرآن في عرضه لطوائف غير المسلمين يجده اقتصر على ذكر طوائف أربع . المشركين وأهل الكتاب من اليهود والنصارى ، والمجوس والصائبين لأن هؤلاء هم المعروفون للعرب إما بوجودهم في بلادهم أو بمجاورتهم لهم في العراق والبحرين ، ولم يعرض للبراهمة والبوذيين وغيرهم لوجودهم في بلاد بعيدة لا صلة للعرب بهم فاكتفى في خطابهم بما يعرفون.

وحين عرض لتزوج المسلمين نساء هؤلاء جميعاً حرم طائفة وأحل طائفة ، فحرم المشركات وأحل الكتابيات بنصين صريحين وسكت عن التصريح بحكم التزوج من غيرهم . فكأنه وضع أساس الحل والحرمة فالمشركون الذين لا يلتقون مع المسلمين في شيء حرم نساءهم ، وأهل الكتاب الذين لهم كتاب سماوي يقربهم من المسلمين فيلتقون معهم في منتصف الطريق أحل نساءهم .

ويبقى ما وراء هؤلاء موكولا إلى الشبه . فما أشبه المشركة ألحق بها في الحرمة . وما أشبه الكتابية ألحق بها في الحل .

وإذا كان القرآن حين نزوله وصف بعض أفعال أهل الكتاب بالشرك فهل كان هذا الوصف أبرز صفاتهم حتى يزول عنهم وصف أهل الكتاب ويدخلهم في المشركين ؟

الحق أن ذلك لا يخرجهم عن كونهم أهل كتاب حيث جعلهم الله في أكثر من آية صنفاً أو صنفين في مقابلة المشركين والقرآن لا يناقض بعضه بعضاً ، ولأن الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن من مفهوم لفظ المشركين في عصر التنزيل أنهم مشركوا العرب إذ لم يكن لهم كتاب ولا شبهة كتاب بل كانوا أميين .

وعلى ذلك يكون المراد بالمشركات في آية البقرة المحرمة للزواج مشركات العرب ، ويلحق بهن كل من لا تدين بدين سماوي . وتبقى آية المائدة المحللة شاملة للكتابيات عامة .

ولو فرضنا أن الكتابيات بما صدر منهن يدخلن في المشركات وكانت آية البقرة شاملة لهن تكون آية المائدة المحللة لهن مخصصة لعموم الآية الأولى لأنها أخص منها وهي متأخرة في النزول عنها حيث أن سورة المائدة من أواخر القرآن نزولا وليس فيها شيء منسوخ . حيث إنها أحلتهن بعنوان المحصنات من الذين أوتوا الكتاب ، وهذا الوصف باق لهن حتى بعد صدور ما يقتضى الحكم

عليهن بالشرك . فتكون الكتابية من المحللات للمسلمين حتى ولو صدر منها ما يقتضي وصفها بالشرك ، لأن القرآن أحلها بعد أن قالت : « عزيز ابن الله ، والمسيح ابن الله ، والله ثالث ثلاثة الموجب لوصفها بالشرك » والله أعلم .

هذا هو موقف جماهير الفقهاء من أهل السنة من زواج الكتابية .

وللجعفرية آراء في ذلك اختلفوا في الترجيح بينها . فقيل لا يجوز مطلقاً ، وقيل يجوز مطلقاً مع الكراهة ، وقيل لا يجوز دائماً ويجوز متعة ، وقيل يجوز مع الاضطرار وعدم وجود المسلمة . وقد قيل إن هذا الاختلاف نشأ من وجود أدلة متعارضة في الزواج بغير المسلمة . فمنهم من رجح دليلا على آخر ، ومنهم من حاول الجمع بين تلك الأدلة [1] .

والحكمة في حل زواج الكتابية دون المشركة أن الكتابية تتفق مع المسلم في الإيمان بالله والرسل واليوم الآخر وكثير من الفضائل . واختلافها إنما هو في رسالة محمد ﷺ وما جاء به من كتاب .

فلهذا الاتفاق حل الزواج بها لإمكان العشرة بينهما المحققة للأغراض التي شرع لها الزواج في الجملة ، ولهذا الاختلاف الأخير كان الأولى بالمسلم أن يتزوج المسلمة متى وجدها ، وقد قرر أكثر الفقهاء الذاهبين إلى حل التزوج بالكتابية أنه مكروه وتشتد الكراهة إذا كانت في دار الحرب حيث يفقد الزوج سلطانه عليها وربما مال قلبه إليها فتفتنه في دينه أو تؤثر في أولاده منها .

وقد كان عمر رضي الله عنه ينهى عن التزوج بالكتابيات خشية الفتنة

---

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ ، وشرائع الإسلام جـ ٢ ص ١٩ ، وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢١٠ والأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مغنية وقد قال في الكتاب الأخير أن فقهاء الإمامية في هذا العصر يجيزون تزوج الكتابية دواما ، والمحاكم الجعفرية في لبنان تزوج المسلم من الكتابية وتسجل الزواج وترتب عليه جميع الآثار .

وإلحاق الضرر بالمسلمات . جاء في كتاب الآثار للأمام محمد بن الحسن ص ٧٥ عن إبراهيم عن حذيفة أنه تزوج بيهودية بالمدائن . فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها ، فكتب إليه: أحرام هي يا أمير المؤمنين ؟ فكتب إليه عمر : أعزم عليك أن لا تضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها ، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين ، ويذكر ابن قدامة في كتابه المغني [1] أن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر : طلقها . قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خمرة طلقها ، قال : قد علمت أنها خمرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي [2] .

فليت الذين يتسابقون في التزوج بالأجنبيات من أهل الكتاب يتدبرون تلك المعاني التي من أجلها منع الفاروق بعض الصحابة من الإبقاء على زواجهن. وحكم أكثر الفقهاء عليه بالكراهة ، ليتهم يفكرون بعقولهم ولا يسيرون وراء هذا السراب الخادع ، ولا يغرنهم إسلام هؤلاء بعد الزواج أو قبله فإنه إسلام ظاهري لغرض ، ولا أدل على ذلك من أن أغلب هؤلاء حتى بعد إسلامهن الصوري يطبعن بيوتهن بطابع غير إسلامي مما لا يخفى على أحد .

تنبيه : مما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الكتابية التي تزوجها مسلم إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لا خلاف في ذلك ، لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم ، فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بعد الدخول انفسخ في الحال على

---

(١) ج ٦ ص ٥٩٠ .

(٢) والإمام الطبري في تاريخه ج ٦ ص ١٤٧ يروي هذه الواقعة ويبين السبب في إقدامهم على ذلك الزواج وهو عدم وجود المسلمات بعد انتصارهم في موقعة القادسية ولما زالت الضرورة كتب إليهم عمر كتابه بالطلاق .

رأي ، وفي رأي آخر يتوقف على انقضاء العدة لأنها ربما تعود فإن رجعت بقي الزواج وإن لم تعد انفسخ العقد ، وهل يقبل منها الرجوع إلى دينها التي كانت عليه أو لا يقبل منها إلا الإسلام رأيان للفقهاء .

وإذا انتقلت إلى دين آخر من أديان أهل الكتاب كأن كانت نصرانية فتهودت أو بالعكس فالحنفية وأحمد في رواية لا فسخ لأنها تقر عليه وهو قول للشافعي . وفي قول آخر له ورواية عن أحمد أنها لا تقر عليه فيفسخ العقد [1] .

بقي أن يقال : إذا كان هذا التقارب بين المسلمين وأهل الكتاب أباح تزوج المسلم بالكتابية فلم لم يبح العكس فتتزوج المسلمة الكتابي ؟ والجواب أن طبيعة الزواج تجعل للزوج سلطاناً على زوجته لماله من القوامة عليها « الرجال قوامون على النساء » فقد يستعمل هذا السلاح في التأثير عليها فيطعن في دينها حيث لا يؤمن بنبيها وكتابها وهي ضعيفة لا تستطيع إنقاذ نفسها عند الخطر لأن مفتاح الخلاص وهو الطلاق ليس في يدها وهي بين أمرين أحلاهما مر فأما أن تدافع عن دينها فتسوء العشرة بينهما أو تستسلم فتقع مضطرة تحت تأثيره وتفتن في دينها لهذا وذاك حرمها الشارع على غير المسلم بخلاف العكس فإن الكتابية لو طعنت في دين زوجها المسلم فإنه يستطيع الدفاع بما له من سلطان أو يتخلص بالطلاق وإن تخاذل أسلم نفسه إلى عقاب شديد في الآخرة .

ولأن الإسلام لما أباح للمسلم التزوج بالكتابية نهاه عن إكراهها على الخروج من دينها ، أما الأديان الأخرى فليس فيها هذا الضمان ، لأن المسلم يؤمن بجميع الرسل ومنهم موسى وعيسى عليهما السلام فلا يتصور منه الطعن فيهما ، أما الكتابي فلعدم إيمانه بخاتم الرسل وبالكتاب المنزل عليه لا يبعد منه أن يطعن

(١) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٥٩٤ وشرح المنهاج ج ٣ ص ٢٥٣ .

فيها ويحاول جاهداً أن يخرج زوجته المسلمة منه وبخاصة إذا كان متعصباً لدينه .

لذلك كله جاء القرآن محرماً زواج المسلمة بغير المسلم عموماً أو بقاءها في عصمته بعد أسلامها إذا كانا غير مسلمين حين الزواج. يقول جل شأنه : « يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » / الممتحنة / (١٠) .

فهذه الآية حرمت المؤمنات على الكفار تحريماً صريحاً ولفظة الكفار عام يشمل كل من ليس بمسلم سواء أكان مشركاً أم كتابياً . وقد فهم الصحابة هذا العموم وإن كان سبب نزولها قصص أزواج مشركين ورد ذلك في عدة آثار صحيحة فرق فيها الصحابة بين النصراني وزوجته إذا ما اسلمت . منها أن رجلاً من بني تغلب أسلمت زوجته وأبى أن يسلم ففرق عمر بينهما . وروي عن ابن عباس أنه قال : إذا أسلمت النصرانية قبل زواجها فهي أملك لنفسها [١] .

وكما يفرق بين الزوجة عند إسلامها وزوجها غير المسلم كذلك يفرق بين الزوجة وزوجها المسلم إذا ارتد عن الإسلام مسلمة كانت أو كتابية لأنه لا بقاء للزواج بدون دين في نظر الإسلام، والمرتد أثناء ردته لا دين له يقر عليه حتى ولو انتقل إلى دين سماوي آخر غير الإسلام ، ولا يجوز له بعد ردته التزوج بمسلمة ولا كتابية ولا بمرتدة مثله لأنه يستحق القتل فزواجه لا يحقق أغراض الزواج .

وأما الصابئون وقد عدهم القران فرقة أخرى غير أهل الكتاب يقول سبحانه : « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى من آمن بالله واليوم الآخر وعمل صالحاً فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون » / المائدة / ٦٩ .

---

(١) المرجع السابق .

وقد كانوا في الأصل يعظمون الكواكب السبعة واتخذوها آلهة عبدوها فهم من عبدة الأوثان . فلما أزال الفرس دولتهم بالعراق ، وإجبرهم قسطنطين على الدخول في النصرانية بعد تنصره تركوا عبادة الأوثان ظاهراً وظل عدد كبير منهم على ملته الأولى مستخفين في عبادتهم . ولما جاء الإسلام دخلوا في جملة النصارى وكتموا أصل اعتقادهم وأخفوا عبادتهم ولهم طرق عجيبة في الإخفاء فاشتبه أمرهم على المسلمين فمن نظر إلى ظاهرهم ظنهم من النصارى فأعطاهم حكمهم وجوز التزوج منهم كما روي عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد [1] .

وأبو يوسف ومحمد لما عرفا حقيقة أمرهم منعو التزوج من نسائهم .

ويقول ابن قدامة : والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوهم ، وإن خالفوهم في أصل الدين فليسوا منهم ، ومثله في شرح المنهاج للشافعية ، وهذا هو الصحيح فيهم لأن القرآن وضع لنا أساس حل التزوج من غير المسلمين فجعل المانع هو الشرك وجعل المبيح وجود الدين السماوي فلنضع كل من لم يتضح حاله على هذا الميزان فاذا ظهر أنه يوافق أحد الفريقين يأخذ حكمه .

(١) المغني ج ٣ ض ٥٩٠ . البدائع ج ٢ ص ٢٧١ شرح المنهاج ج٣ ص ٢٤٢ ولا أدل على الاشتباه من أنه روي عن الإمام أحمد روايتان . فروي عنه أنهم جنس من النصارى وفي أخرى يقول : بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء يشبهون اليهود .

المبحث السادس

في جمع الرجل بين أكثر من أربع زوجات في عصمته

ويتحقق هذا بزواج الخامسة [1] فمن جمع بين أربع زوجات يحرم عليه أن يتزوج بخامسة تحريماً مؤقتاً حتى ينتهي زواجه من إحداهن إما بالموت أو الطلاق .

فإذا فعل ذلك كان العقد فاسداً يجب عليه أن يفارقها فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما فإن كان قبل الدخول لا تستحق شيئاً وإن كان بعده وجب لها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهراً أو الأقل من المسمى ومهر المثل إن وجدت التسمية .

يستوي في ذلك كون الأربع زوجات حقيقة كلهن أو بعضهن زوجات والبعض معتدات أو كلهن معتدات ، فلو كان متزوجاً بأربع وطلقهن طلاقاً رجعياً حرم عليه التزوج بخامسة قبل انتهاء عدتهن أو انتهاء عدة إحداهن إذا سبقت الأخريات باتفاق الفقهاء .

أما إذا كان الطلاق بائنا فالحنفية يمنعون التزوج أيضاً حتى تنتهي العدة ، والمالكية والشافعية والجعفرية يذهبون إلى حل التزوج في العدة . وقد شرحنا هذا الخلاف فيما سبق عند الكلام على الجمع بين محرمين ، والدليل على هذا التحريم قوله تعالى : « فإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم

---

(١) من مراجع هذا البحث ، تفسير أبي بكر الجصاص ج ١ ص ٣٠٩ وما بعدها، والبحر المحيط لأبي حيان ج ٣ ص ١٦٤ وتفسير المنار جـ ٤ ص ٣٤٠ وما بعدها، ج ٥ ص ٤٤٨ ، وتفسير القرطبي ج ٥ ص ١٢ وما بعدها ومنتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٦ والمغني لابن قدامة ج ٦ والإسلام شريعة وعقيدة للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ، وكتب الفقه في المذاهب المختلفة .

من النساء [1] مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم » / النساء / ٣ ، فهذه الآية جاءت لبيان العدد المباح من الزوجات وقد جعلت غايته أربعا . ولو كانت الزيادة مباحة لما اقتصرت على هذا العدد .

ثم جاءت السنة الشارحة مؤكدة لذلك فكان العربي إذا أسلم مع زوجاته وكان يجمع أكثر من أربع أمره رسول الله أن يمسك أربعاً منهن ويفارق الباقي فقد روى أحمد والترمذي وابن ماجة عن ابن عمر : أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن [2] .

وروي أحمد وأبو داود عن قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال : اختر منهن أربعا [3] .

هذا هو العدد الذي جاء الإسلام بإباحته من الزوجات كما نطقت به الآية وأكدته السنة ولم يؤثر عن أحد من الصحابة ومن جاء بعدهم ممن يعتد بإسلامه أنه زاد على هذا العدد لا في خاصة نفسه ولا في فتواه لغيره ، فما ذهبت إليه طائفة أنه يجوز للرجل أن يجمع في عصمته تسع زوجات زعماً منهم أن آية الحل دلت عليه لأنها عطفت هذه الأعداد بالواو وهي تفيد الجمع ومجموعها تسعة بعيد عن مدلول الآية .

وأبعد منه ما ذهبت إليه طائفة أخرى من إنه يجوز الجمع بين ثماني عشرة

---

(١) مثنى وثلاث ورباع معناها اثنين اثنين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة فهي ألفاظ مفردة معدول بها عن تلك الأعداد المكرورة لأن الخطاب للجميع ليصيب كل من يريد الجمع اثنين أو ثلاثة أو أربعة وجاء العطف بالواو دون أو لأنه لو عطف بأو لأفاد أنه لا يباح لهم إلا عددا منها اثنين فقط أو ثلاثا فقط أو أربعا فإذا اختار واحداً منها امتنع عليه غيره لأن أو للتخيير .

(٢) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٣٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢١ .

زوجة تكلفاً في تفسير الآية قائلين: إن مثنى معناها اثنين اثنين و كذلك ثلاث ورباع وقد عطفت بالواو المفيدة للجمع ومجموعها ثماني عشرة ، لأن كلا من التفسيرين يخرج الآية عن الأسلوب العربي الفصيح فضلا عن كونها مخالفين للسنة الصحيحة وإجماع الصحابة العملي ، لأن العربي إذا قال : وزع هذا المال على المحتاجين درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة لا يريد بذلك إعطاء كل محتاج ثماني عشرة فإنما يريد به اعط بعضهم درهمين فقط ، وبعضهم ثلاثة فقط ، وبعضهم أربعة فقط، وللموزع الخيار في التخصيص . ولو أراد إعطاء كل واحد هذا المجموع لصرح بالعدد الموضوع له وإلا استقبح منه ذلك فالواو في الآية - كما يقول القرطبي - للبدل لا للجمع وتقديرها : انكحوا ثلاثا بدل اثنين وأربعا بدل ثلاث .

المبحث السابع

في الجمع المشروع

شرع الله تعدد الزوجات . وبعبارة أدق أقره بعد أن حدده وقصره على أربع وجعله مرتبطاً بالعدل والمساواة بين الزوجات يباح عند الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور ، فإذا انتفى الوثوق وخيف توقع الظلم فالتعدد حرام « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم » .

وهناك قيد آخر هو القدرة على الأنفاق على أكثر من زوجة ، لأن القدرة شرط في إباحة أصل الزواج . لقوله تعالى : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » ، ولقول رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » ، فإذا توفر الأمران الوثوق من العدل ، والقدرة على الأنفاق ومتطلبات المعيشة الزوجيه الثنائية أو الثلاثية جاز التعدد ، وإن

انعدما أو انعدم أحدهما حرم التعدد وأثم فاعله . لكن هذا التحريم ديني لا يقع تحت سلطان القضاء ، لأن العدل أمر نفسي لا يعلم إلا من جهته ، والقدرة على الأنفاق أمر نسبي ليس له ميزان واحـــد يحد به فهما متروكان إلى الشخص يقدرهما ولأنهما يتعلقان بالمستقبل ، فالعاجز قد يصير قادراً والظالم قد يتبدل حاله فيعدل ، فإذا عقد العقد دون توفر الشرطين أو أحدهما يكون العقـد في في ذاته صحيحاً لأن هذه ليست شروط صحة كما سبق بيانه،بل يكون فاعله آثما إن وقع منه جور أو عجز عن الأنفاق يحاسبه الله عليه .

فإباحة التعدد ليست إباحة مطلقة بل مقيدة . وتلك القيود تـكاد تحصره في دائرة ضيقة فمجرد خوف [1] الجور والظلم مانع منه ، ومن يقرأ الآية التي أباحت التعدد يجدها لم تفرضه بحيث يكون لازماً لكل شخص وليس فيهـــا ما يدل على استحسانه والترغيب فيه وإنما مجرد أباحة ، بـل من يمعن النظر في أسلوبها وربطها بسابقتها مع واقع الناس حين نزولها يجدها لم تأت للأباحة الأصلية ولا لأباحة شيء غـــير موجود أو ممنوع ، وإنما جاءت لتقييد تعدد الزوجات الذي كان موجوداً بصورة تصل إلى حد الفوضى . فهي إذن جاءت للحد من الجمع والتقليل من عدد الزوجات ومراعاة العدل بينهن . لأنها – كما يقول المفسرون – نزلت في شأن الأولياء الذين تحرجوا من الولاية على اليتامى والزواج بهن خوفاً من الوقوع في ظلمهم وأكل أموالهم بعـــد الأمر بأيتائهم أموالهم ونهيهم عن أكل تلك الأموال ووصف ذلك بأنه أثم كبير في الآية السابقة عليها .

نزلت لتبين لهم نوعاً آخر من الظلم كانوا واقعين فيه وهو ظلم النساء بالتزوج بعدد غير محصور دون مراعاة العدل بينهن لأنه لا يكفي في ترك الظلم أن يتركه الشخص في موضع دون غيره ، وكأنه سبحانه يقول لهم : إن خفتم

---

(١) الخوف : توقع ما يكره بوقوع بعض أسبابه أو ظهور أماراته .

ألا تقسطوا في اليتامى فتحرجتم من الولاية عليهم أو الزواج منهن فكذلك خافوا الوقوع في ظلم النساء وقللوا عدد الزوجات واقتصروا على أربع فإن خفتم الجور في الزيادة على الواحدة فاقتصروا عليها أو استمتعوا بما ملكت أيديكم من الإماء، لأن هذا الاقتصار أقرب إلى عدم الوقوع في الظلم والجور . فالآية تشرح لهم طريقة التخلص من جور النساء كما بينت لهم الآية السابقة طريقة التخلص من ظلم اليتامى .

المراد بالعدل المشروط لأباحة التعدد :

إذا كانت الآية أباحت التعدد وقصرته على ذلك العدد وربطت هذه الأباحة بأمن العدل فلا بد أن يكون ذلك العدل مستطاعاً للأنسان ليصح التكليف به عند إرادة التعدد وليتفق مع ما وقع من رسول الله وأصحابه، والعدل المستطاع هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة من النفقة والمبيت وحسن المعاشرة، أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه وهو العدل الكامل الشامل للميل القلبي والمحبة فغير مكلف به . وهو المنفي في قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما » / النساء / ١٢٩ .

فإن هذه الآية نزلت بعد الآية الأولى ، « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » كما يدل عليه سياقها لأنها نزلت ضمن آيات الاستفتاء في النساء ، « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن والمستضعفين من الولدان وأن تقوموا لليتامى بالقسط » .

وكانت فتوى من الله جاءت رداً على الذين كان عندهم زوجتان أو أكثر قبل نزول آية التعدد والذين تزوجوا بعدها ناوين العدل بين الزوجات وفهموه أنه

العدل في كل شيء حتى في المحبة فتبين لهم أن العدل الـكامل بين النساء ليس في مقدورهم فلا يتعلق به التكليف .

وكأنه سبحانه يقول لهم : « مهما حرصتم على أن تسووا بين المرأتين في كل شيء فلن تستطيعوا ذلك بحرصكم عليه . وإذا كان الأمر كذلك فـلا تميلوا كل الميل إلى من تحبونها بطبيعتكم فتعرضوا عن الأخرى إعراضاً تاماً حتى تكون كالمعلقة لا هي متزوجة تتمتع بحقوق الزوجية وتعامل معاملة الأزواج ولا هي مطلقة تستطيع أن تبحث لها عن زوج آخر . وإن تصلحوا في معاملة النساء وتتقوا ظلمهن وتفضيل بعضهن على بعض فيما يدخل تحت اختياركم من المعاملات كالقسم في المبيت والنفقة فإن الله يغفر لـكم ما دون ذلك مما لا يدخل تحت الاختيار كالمحبة ولوازمها الطبيعية مـن زيادة الأقبال والبشاشة .

وهذا يدل على أن العدل المنفى هو العدل الـكامل الذي يشمل أعمال القلوب الذي يحرص عليه أهل الدين والورع لأنه غير مستطاع « ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، والميل المنهي عنه هو الميل التام الذي يتعدى إلى الأمور الظاهرة ويترتب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالاً تاما .

وهذا الميل المنهي عنه هو الذي حذر منه رسول الله وبين عاقبته في الاخرة فيما رواه أصحاب السنن عن أبي هريرة أن رسول الله قـــال : « من كانت له امرأتان يميل لأحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطـــاً أو مائلا » (١) .

أما مجرد الميل والمحبة الذي لا يتعدى إلى ما وراء ذلك فليس منهياً عنـــه

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأرطار جـ ٦ ص ٣٨٤ .

لعدم قدرة الإنسان على دفعه أو التسوية فيه . وهذا ما عناه رسول الله فيما روته عائشة أم المؤمنين قالت : كان رسول الله يقسم فيعدل ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك »[1] .

وسيرته في القسم بين نسائه رغم ميله القلبي إلى عائشة أكثر من غيرها — مثل أعلى يحتذى به فلم يؤثر عنه أنه فضل واحدة على غيرها في معاملته فلم يكن يدخل على واحدة في نوبة الأخرى إلا بأذنها ولمجرد السلام حتى أنه في مرضه الأخير كان يطاف به على بيوت زوجاته محمولاً على الأكتاف ولم يرض الأقامة في بيت إحداهن خاصة محافظة على العدل بينهن إلى أن علموا رغبته في المقام عند عائشة لما سألهن « أين أكون غداً » فرضين بمقامه عندها وكان إلى توفى صلوات الله وسلامه عليه .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقسم بين نسائه ويقول : « اللهم قلبي فلا أملكه وأما ما سوى ذلك فأرجو أن أعدل فيه » فقد فهم أن العدل المنفى غير العدل المشروط في إباحة التعدد .

ومما يدل أيضاً على اختلاف العدل في الآيتين أن الثانية نفت استطاعته بلن التي لتأبيد النفي فهو غير ممكن والأولى علقت الأقتصار على واحدة على خوف انتفائه . وفي الخوف رجاء وظن غالباً وهو دليل إمكانه في ذاته .

وبهذا يتبين لنا فساد رأي من فسّر العدل في الآيتين بمعنى واحد ليصل إلى نتيجة توافق هواه بعيدة عن مقصد الشارع فقال : إن الله شرط إباحة التعدد بالعدل بين الزوجات في الآية الأولى ، وأن هذا العدل غير مستطاع بدلالة الآية الثانية وحينئذ يكون التعدد غير مشروع لأنه علق على شرط مستحيل .

ونحن نقول لهذا المدعى : إذا كان العدل متحداً في الآيتين والتعدد غير مباح

---

(١) المرجع السابق ص ١٨٥ .

كما زعمت فيا فائدة قوله تعالى في الآية الثانية بعد نفي استطاعة العدل: «فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» ؟

ثم ما معنى قوله سبحانه في الآية الأولى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» ؟ وكيف يقدم رسول الله وأصحابه على فعل تدعى - جهلا - أنه غير مشروع ؟

حكمة تشريع التعدد

إن إقرار الإسلام لتعدد الزوجات على الوجه الذي بيناه كان لعدة أسباب وله أكثر من فائدة ترجع إلى الرجل والمرأة وإلى المجتمع نجملها فيما يلي :

أولا : جاء الإسلام والناس فريقان . فريق مضيق لا يبيح إلا زوجة واحدة وإن أدى إلى عنت الأزواج مما أدى إلى انحرافهم واتخاذ الخليلات ، وفريق موسع في التعدد لا إلى حد وإن ترتب على ذلك ظلم الزوجات وعدم العدل بينهن فنظم الزواج وسلك به مسلكاً وسطاً بين هؤلاء وهؤلاء كما هو شأنه في كل تشريعاته . فأقر التعدد وقصره على عدد معين بالشروط السابقة . فعل ذلك ليكون ملائماً لكل المجتمعات لأنه تشريع عام يخاطب الناس جميعاً على اختلاف ألوانهم وطبائعهم وفيهم المعتدلون في ميولهم للنساء ومن تغلب عليهم الحدة . ولا يتم للتشريع عمومه وملاءمته إلا إذا كان فيه وفاء بحاجات الناس كلهم .

فكيف يفعل من تغلب عليه شهوته ولا تندفع حاجته بزوجة واحدة لكثرة ما يعرض لها من موانع المخالطة الجنسية لو لم يبح تعدد الزوجات على صورة تدفع عنه العنت وتهذب نفسه ؟ لا شك في أنه يفتح لنفسه باب الزنى واتخاذ الخليلات رغم تحريم الشارع له .

إذاً كان تعدد الزوجات ضرورة لا بد منها لهذا وأمثاله وإلا لنفرت منه

تلك الطائفة من الناس ، وكان من رحمة الله بهذه الأمة ليتفق مع تحريمه للزنا تحريما قاطعاً .

ولقد جرت سنة الله في تشريعه أنه كلما سد أمام عباده باباً من أبواب الحرام فتح لهم باباً من أبواب الحلال ، ولا يضيرنا أنكار المنكرين من غير المسلمين ونقدهم لهذا التشريع فإنهم يجهلون حقيقته في الإسلام ويتصورونه على أنه يتحتم على كل مسلم أن يجمع في بيته أربعاً من الزوجات يضيع حياته في التمتع بهن . على أن العقلاء منهم قد استحسنوا هذا التشريع لما بانت لهم مفاسد ما هم عليه .

يقول شوبنهور الفيلسوف الألماني: « ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية ، والعجب أن الأوربيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عملياً فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح »[1] .

ويقول جوستاف لوبون: « إن تعدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن من عدم تعدد الزوجات الريائى عند الأوربيين وما يتبعه من مواكب أولاد غير شرعيين »[2] .

ثانياً : حصول الموازنة بين عدد الزوجات والرجال لأن الكثرة في كل أحصاء عام كانت في جانب النساء خاصة عقب الحروب التي يقل بعدها عدد الرجال ، فلو منع التعدد لبقيت الكثيرات منهن من غير أزواج .

وإن المرأة التي لا تحظى بزوج مستقل تتشعب أمامها السبل فإما أن ترضى

---

(١) مقالات المرحوم الشيخ محمد زاهد الكوثري ص ٢٢٢ .

(٢) الإسلام والحضارة العربية لمحمد كرد علي ج ١ ص ٨١ .

بمشاركة غيرها في زوجها أو تعيش طول حياتهـــا وحيدة بلا زواج فتموت أنوثتها إن حافظت على عفتهـــا ، أو تنزلق في طريق الغواية وتسير في ركب الشيطان ، ولو فكرت تلك المرأة بعقلها لاختارت أن تكون زوجة ثانية بل ثالثة أو رابعة على أن تعيش مع واحد من الأمرين السابقين .

ثالثاً : قد تصاب الزوجة بمرض يحول بينها وبين الحياة الزوجية أو يتبين أنها عقيم لا تلد والزوج يطلب الولد ولا يستطيع العيش مع امرأة مريضة وهو يحرص لسبب أو لآخر على الإبقاء على تلك الزوجة الأولى . فكيف نعالج تلك المشكلة لو لم يبح تعدد الزوجات ؟

إن من مصلحة الرجل في التزوج بأخرى ، ومن الخـــير للمرأة أن تبقى زوجة مع أخرى بدلاً من طلاقها لتعيش بقية حياتها في ركن مظلم فاقدة الأمل في العثور على زوج آخر لمرضها أو عقمها .

وأما حكمة قصر الأباحة على أربع فلأن للزوجـة على زوجها حقوقاً فإذا شاركتها غيرها وجب عليه العدل بينها والاقتصار على أربع أقرب إلى العدل حيث يعود إلى إحداهن بعد ثلاث . وهو وإن كان فيه مضارة للزوجة إلا أن هذه المدة اغتفرت في مواطن كثيرة . فيجوز الهجر للزوجة ثلاثاً ، وللمسلم ثلاثاً ، والأحداد على غير الزوج ثلاثة أيام ، والخيار ثلاثة أيام . فهذه الصور وغيرها مستثناة على خـــلاف الأصول فكذلك لما كانت الشحناء والمضارة على خلاف الأصل استثنى ثلاث زوجات يضاربهن زوجة أخرى [1] .

شبه تثار حول تعدد الزوجات :

بقي لنا وقفة مع ما يثار من وقت لآخر من أن تعدد الزوجات أداة لإفساد

---

(١) راجع الفروق للقرافي . الفرق الرابع والأربعون بعد المائة .

الأسر لما يقع بين الضرائر من منازعات ومشاحنات لا تقف عليهن بل تتعدى إلى الأبناء فينشأ أبناء الرجل الواحد متعادين متباغضين يزيد هذا النزاع ويشتد عندما يميـــل الرجل إلى إحداهن أكثر من غيرها ، وكثيراً ما يكون سبباً في تشرد الأبناء كما هو مشاهد معلوم .

كما أن فيه ظلماً للمرأة التي تدخل عليها امرأة أخرى بدون رضاها تشاركها حياتها وزوجها .

وجوابنا على ذلك : إن الإطار الذي شرع الإسلام فيه تعدد الزوجات لا ينتج تلك الأضرار ، بل هو على العكس يدفع الضرر عن الناس ويرفع الحرج الذي يلحقهم ويحل كثيراً من مشاكل المجتمع .

وما نراه من آثار التعدد السيئة ليس راجعـــاً إلى التشريع في ذاته وإنما منشؤه انحراف الناس وإقدامهم عليه من غير حاجة وسوء تصرفهم بعدم العدل في هذه الحالة .

فكم من سفيه جعل غايته من تعدد الزوجات مجرد قضاء حاجته الجنسية وهذا يحمله على عدم العدل بينهن وبين أبنائه ، فهو يميل مع من صادفت هوى في نفسه يؤثرها على غيرها بل ويسهل عليه التنازل عن ماله لها ولأبنائها . وفي هذا تعد لحدود الله وظلم للأبناء الذين لا ذنب لهم إلا أنهم أبناء هذا السفيه .

وفي الحق إن الناس لو ساروا على الطريقة التي رسمها لهم الشارع والتزموا حدوده ما أنتج تعدد الزوجات هذه الشرور وتلك المآسي .

وأولى بالرجل الذي لا يجد حاجة ملحة إلى التعدد أولا يأنس من نفسه العزم على إقامة العدل بين الزوجات أن يقتصر على امرأة واحدة حتى لا يجر على نفسه وأولاده البلاء .

أما أنه ظلم للمرأة ويلحق بها الضرر كما يقولون فإنه مع إقامة العدل يخف

ذلك الضرر ويتعين احتماله ، لأن المرأة بطبيعتها لا تقبل أن تكون زوجة لرجل متزوج إلا إذا كانت مضطرة ، فإذا نال الأولى ضرر بإدخال الثانية عليها فإن الثانية يشتد ضررها إذا لم تتزوج. لأنها إما أن تعيش بلا زوج فتموت أنوثتها أو تنزلق في طريق الغواية فتضيع كرامتها كإنسانة فوق ما تنتج من أولاد غير شرعيين ، ولا يخفي ما في هذا وذاك من أضرار جسيمة تهز المجتمع هزاً عنيفاً . وقد تقرر في القواعد: أنه إذا تعارض ضرران يدفع الأشد بالأخف » . أما مجرد العداوة التي تقع بين الضرائر فهو أمر طبيعي مبعثه حب الزوجة استئثارها بزوجها ويمكن التغلب على ذلك أو تخفيفه بقيام الزوج بواجبه من العدل بينهن.

وهي في ذاتها لا تصلح سبباً لمنع التشريع مع ما يترتب عليه من الفوائد الكثيرة التي بيناها فيما سبق .

على أن العداوة تحدث كثيراً بين الزوجة الواحدة وأقرباء زوجها ولم يمنع ذلك من إباحة الزواج ، لأنها وإن كانت شراً لكنه شر قليل إذا قيس بالخير الكثير الذي يترتب على الزواج .

كما أن مجرد عداوة أولاد الرجل الواحد من زوجتين لا يصلح مانعاً من الزواج وإلا لمنعنا الرجل الذي ماتت زوجته وله منها أولاد من أن يتزوج بامرأة أخرى خشية أن ينجب منها أولاداً يتعادون مع أولاد الزوجة الأولى ولم يقل بذلك أحد .

هذا وإن مسألة تعدد الزوجات لا تزال تشغل بال الناس في كثير من البلدان العربية والإسلامية وبخاصة عندما يراد وضع تشريع عام للأحوال الشخصية فالتشريعات التي وضعت في بعض الدول منها ما منعه بل وعاقب عليه كالتشريع التونسي ، ومنها ما قيده بأن يكون بإذن القاضي كما في التشريع العراقي والسوري على اختلاف بينها فيما يشترط في الأذن .

أما في لبنان فليس فيها قانون يمنع تعدد الزوجات أو يقيده بأي قيد بالنسبة للمسلمين السنيين والجعفريين ، غير أن قانون الطائفة الدرزية منع التعدد في المادة العاشرة ونصها .

« ممنوع تعدد الزوجات فلا يجوز للرجل أن يجمع بين زوجتين وإن فعل فزواجه من الثانية باطل » .

أما في جمهورية مصر العربية فليس فيها إلى الآن تشريع يمنع تعدد الزوجات أو يقيده ، بل إن مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية لم يعرض لشيء من ذلك . غير أنه عندما أعلن المشروع للناس قامت عواصف نسائية وشبه نسائية تطالب بمنع تعدد الزوجات أو تقييده على الأقل بإذن القاضي ولم تنته المشكلة إلى حل حينذاك حيث جاءت الحرب فأسكتت أصوات هؤلاء . ثم أثيرت المسألة مرة أخرى وأخذت دوراً كبيراً وألفت لجان لمناقشتها ولكنها وقفت مرة أخرى دون حل معين .

وفي رأيي أن وضع المسألة بيد القاضي لا يحل المسألة بل يزيدها تعقيداً لما يترتب على ذلك من أضرار كثيرة حيث يخرج عقد الزواج المشروع للسكن والمودة إلى عقد تبادلي تنشر فيه أسرار البيوت أمام الحاكم ويعطي الأذن لمن لا يستحق إذا أحكم الحيلة ويمنع المستحق إذا آثر كتم الأسباب الحقيقية التي تدعوه إلى الزواج الثاني محافظة على كرامته وكرامة زوجته ، ثم يكون بعد ذلك إما زواج عرفي غير موثق لا تعترف الدوله بحقوقه أو سلوك طريق شائك غير مشروع .

خاتمة بحث التعدد للزوجات :

وخير ما نختتم به هذا البحث هو بيان الحكمة في جمع رسول الله ﷺ في عصمته أكثر من أربع زوجات . بعد أن أرجف المرجفون من أعداء الإسلام

قديماً وحديثاً فقالوا : إن جمع هذا العدد من النساء لا يتفق ومنصب النبوة لأنه ميل للشهوات فضلاً عن أنه تمييز لنفسه عن أفراد أمته . « كبرت كلمة تخرج من أفواههم إن يقولون إلا كذباً » .

ونحن نقول لهؤلاء ولمن يتداخلهم الشك بسماعها : إن تلك الفرية مبعثها الجهل بالتاريخ وبحقائق الأمور. لأن التاريخ يحدثنا الحديث الصادق بأن حياة الرسول الزوجية التي تزوج فيها إحدى عشرة زوجة تنقسم إلى فترتين . فترة الشباب وجزء من الكهولة ، وفترة ما بعد ذلك إلى أن لقي ربه .

وفي الفترة الأولى اكتفى بزوجة واحدة لم يفكر في التزوج بغيرها ولم يمنعه من ذلك دين ولا عرف ولا ضعف في هذه الناحية ، فقد كان يعيش في مجتمع زاخر بتعدد الزوجات غير الجواري والخليلات مع أنه كان مرغوباً فيه لما اشتهر به من مكارم الأخلاق فضلاً عن علو النسب .

تزوج السيدة خديجة بن خويلد بعد أن تزوجت قبله مرتين وكانت تكبره في السن بخمس عشرة سنة ومكث معها خمساً وعشرين سنة إلى أن توفيت رضي الله عليها وأنجب منها جميع أولاده عدا إبراهيم .

وفي الفترة الثانية تزوج بعشر نسوة ماتت إحداهن في حياته وبقي في عصمته تسع زوجات إلى أن لحق بالرفيق الأعلى .

فترتان متمايزتان . فترة الشباب والقوة يقضيها مع زوجة واحدة تكبره في السن وليس فيها ما يشغله من أمور جسام غير ما جاء في آخرها من بدء الرسالة والدعوة .

وفترة الكهولة والشيخوخة مع ثقل أعباء الرسالة ، فقد وقفت الجزيره العربية كلها تناصبه العداء وتعلن الحرب عليه وهو يجاهد ويقاتل في سبيل الله ونشر الدعوة كلما انتهى من غزوة استعد للأخرى ليقضي على أوكار الظلم

والوثنية كلها . وفي هذه الفترة تتعدد زوجاته ليس بينهن بكر إلا واحدة عقد عليها وهي طفلة في سن السادسة ولم يدخل بها إلا بعد ثلاث سنوات . كما جاء في الحديث المتفق عليه عن عائشة أن النبي ﷺ تزوجها بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً » (١) .

فلو كان يريد مجرد التمتع لاختار الأبكار الحسان دون الثيبات الطاعنات في السن أو ذوات الأولاد يختـــار الثيبات في الوقت الذي يُرغب أصحابه في التزوج بالأبكار ويقول لجابر بن عبدالله ـ حين أخبره بأنه تزوج، وسأله عمن تزوج بها بكراً أم ثيباً وأجابه بأنها ثيب ـ: « هلا بكراً تلاعبها وتلاعبك »وفي رواية « تضاحكها وتضاحكك » (٢)؟

وهل الذي يريد التمتع ويميل للشهوات يكثر من الزوجات في فترة الشباب وخفة المسئولية أو في وقت تقدم السن وتزاحم المسئوليات ؟

الحق الذي لا ينكره إلا جاهل أو مكابر أن رسول الله لم يقدم على التزوج بواحدة من نسائه إلا لغرض سام ومقصد نبيل . فتزوج بدافع الوفاء والمكافأة لمن سانده في دعوته وعاونه على تبليغ رسالته كتزوجه بعائشة بنت أبي بكر وحفصة بنت عمر وفاء للرجل الذي وقف بجانبه من أول لحظة يصدقه ويؤازره، ومكافأة للرجل الذي أعز الله به الإسلام .

وتزوج بدافع القضاء على الخصومة وكسب قوة جديدة للمسلمين كتزوجه بأم حبيبه بنت أبي سفيان قبـل إسلام أبيها فإنه قصد بـه أمرين تعويضها عن زوجها الذي مات وهو مهاجر فاراً بدينه ، وليكون بينه وبين بني أمية لحمة

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣ ١ وفي رواية لأحمد ومسلم أنه تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت إليه وهي بنت تسع سنين .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠ .

نسب تكون وسيلة إلى تخفيف حدة إيذائهم ،وتزوجه بميمونة بنت الحارث وكان سبباً في إسلام ابن أختها خالد بن الوليد .

وتزوج من قتل زوجها في سبيل الله وخلف لها ذرية ضعافاً فحماها من ذل الحاجة وعال أيتامها كأم سلمة .

وتزوج من كان زواجه منهـا هدماً لعادة جاهلية وتطبيقاً لتشريع جديد تحرج الناس من تطبيقه أول الأمر كتزوجه من زينب بنت جحش بعـد أن تزوجها زيد بن حارثة ليقضي على عادة التبني وآثارها .

وتزوج من فارقت أهلهـا وتركت وطنها فراراً بدينها ثم مات زوجها بلا عائل ولانصير فكان لها الزوج والعائل والنصير كتزوجه من سودة بنت زمعة.

وأخيراً تزوج من كان زواجه منها سبباً في رد الحرية لكثير من المسترقين كتزوجه من جويرة بنت الحارث سيد بني المصطلق وقد كانت من الأسارى التي وقعت في سهم ثابت بن قيس فجاءت إلى الرسول وقالت: يارسول الله أنا جويرة بنت الحارث سيد قومه وقد أصابني من الأمر ما قد علمت وقد كاتبني ثابت على تسع أواق فأعني على فكاكي فقال : أو خير من ذلك فقالت : ما هو ؟ فقال : أؤدي عنك كتابك وأتزوجك فقالت: نعم يا رسول الله فقـال : قد فعلت ، وخرج الخبر إلى الناس فقالوا : أصهار رسول الله يسترقون فأعتقوا من كان في أيديهم من سبى بني المصطلق فبلغ عتقهم مائـة بيت بتزوجه عليه الصلاة والسلام إياها.

ومن هذا النوع تزوجه بصفية بنت حيي وكانت من أكبر بيوت اليهود ثم صارت سبياً بعد وقعة خيبر . وكانت مما اصطفاه رسول الله من الغنائم .

وقصتها أنها دخلت على رسول الله بعد ما سبيت فقال لها : لم يزل أبوك من أشد اليهود لي عداوة حتى قتله الله ، فقالت: يا رسول الله. إن الله يقول في كتابه

« ولا تزر وازرة وزر أخرى» فقال لها رسول الله: أختاوي فإن اخترت الإسلام أمسكتك لنفسي ، وإن اخترت اليهودية فعسى أن أعتقك فتلحقى بقومك فقالت يا رسول الله: لقد هديت للإسلام وصدقت بك قبل أن تدعوني حيث صرت إلى رحلك ، ومالي في اليهودية أرب ، ومالي فيها والد ولا أخ وخيرتني بين الكفر والإسلام فالله ورسوله أحب إلي من العتق وأن أرجع إلى قومي . فأمسكها رسول الله لنفسه وقد رضيته بعلاً مع أنه كان لها أن ترجع إلى أهلها بعد العتق .

تلك هي الأغراض النبيلة التي من أجلها تزوج رسول الله هذا العدد من النساء. ولما تحققت واستقر الأمر للإسلام أنزل الله عليه قوله تعالى: « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك وكان الله على كل شيء رقيباً » الأحزاب / ٥٢ .

أما دعوى تمييزه لنفسه عن أفراد أمته فلا وجود لها في هذه المسألة إلا في الصورة لكن الحقيقة غير ذلك ، لأن تلك الأغراض التي تزوج من أجلها . منها ما يقتضي بقاء الزواج لأن إنهاءه ينقضه من أساسه ، وباقيها وإن لم يحتج إلى بقاء الزواج كعتق الأماء والقضاء على عادة التبني مثلا إلا أنه منع مانع آخر من إنهائه وهو أن الله حرم أزواج الرسول على غيره . فلو طلق واحدة منهن لن تتزوج بعده، وفي هذا إيلام لها أشد الإيلام فلم يميز نفسه بشيء ليس لغيره لأنه إذا اختص بشيء منع من شيء آخر ، فهو لا يأخذ ويطلق كغيره بل يأخذ ويربي ، ويهذب ويعلم ، ويزكي ويطهر ، وغيره يأخذ ويطلق ويبدل . ولم يؤثر عنه أنه طلق زوجة إلا ما روي أنه طلق حفصة طلقة واحدة ثم راجعها بأمر الله لما نزل عليه جبريل بذلك .

الباب الرابع

في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج

وفيه فصول

قدمنا أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز . وينعقد بعبارة ناقص الأهلية كالصبي المميز لكنه يتوقف نفاذه على إجازة وليه ، وأن نفاذ العقد يشترط فيه أن يكون لكل من العاقدين حق إنشاء العقد شرعاً . ويتحقق ذلك بكمال الأهلية مع وجود صفة تجيز له تولى العقد من أصالة أو ولاية أو وكالة ، وهذا يقتضى بيان كل من الولاية والوكالة وأحكامهما .

الفصل الأول

في الولاية [1]

وفيه مباحث

تمهيد في التعريف بالولاية :

الولاية في اللغة مصدر ولى . يقال : ولي الشيء أو عليه يليه ولاية إذا ملك أمره وكان له حق القيام به ، فهي إذاً سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء . ومنها أخذت كلمة الوالي لأنه صاحب سلطة ونفوذ على قطر معين .

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن **سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها** . فإن كانت متعلقة بشئونه كتزويجه نفسه أو التصرف في ماله فهي الولاية القاصرة .

---

(١) من مراجع هذا البحث : البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها وفتح القدير ج ٢ ، والمبسوط ج ٤ ص ٢١٤ وما بعدها ، ج ٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ ، وشرح المنهاج مع حاشية القليوبى ج ٣ ص ٢٢١ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامه ج٦ ص٤٥٦ وما بعدها وبداية المجتهد ج ٢ ص ٧ وما بعدها ، وشرائع الأسلام ج ٢ ص ٩ ، المختصر النافع ص ١٩٦ ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٤١ وما بعدها .

وإن كانت متعلقة بشئون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي الولاية المتعدية، والولاية المتعدية نوعان . **ولاية على النفس** وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج ، **وولاية على المال** : وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

وهما يختلفان بعد هذا من ناحية من تثبت له ومدة ثبوتهـــا وليس بينهما تلازم . فقد توجد ولاية على النفس فقط ، وأخرى على المال فقط ، وثالثة عليهما.

وكلامنا هنا ينحصر في الولاية على النفس، وبعبارة أدق في **الولاية في عقد زواج. وهي السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه** لغيره . فهي بدورها قاصرة ومتعدية ولكل منهما سبب يثبت به .

أما القاصرة فليس لها إلا سبب واحد وهو **الرشد** . فمتى كان الشخص بالغاً عاقلاً رشيداً ثبت له سلطة تزويج نفسه ، أما المتعدية فلها أكثر من سبب . فقد يكون سببها الملك وهذه ولاية السيد على عبيده وأمائه .

وقد يكون سببها القرابة النسبية كولاية الأب على أولاده الصغار أو الكبار فاقدي العقل ، وقد يكون سببها القرابة الحكمية . كولاية المعتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب ، فإن الشارع جعل العتق منشئاً لعلاقة بين المعتق ومن أعتقه تسمى الولاء . وجعلها شبيهة بالعلاقة بين الأقرباء ففي الحديث «الولاء لحمة كلحمة النسب » ولكنها تلي القرابة النسبية في المرتبة .

وقد يكون سببها الأمامة : وهي ولاية الحاكم رئيس الدولة ومن ينيبه من القضاة فهذه الولاية تجعل لهم سلطة تزويج من لا ولي لهم بصفتهم حكاماً لا بصفتهم

الشخصية . لأن القاعدة الشرعية المقررة تقول « الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد » .

المبحث الأول

في شروط الولي

يشترط في الولي باتفاق الفقهاء شرطان :

الأول : أن يكون كامل الأهلية .بأن يكون حراً بالغاً عاقلا. ففاقد الأهلية كالصغير غير المميز والجنون لا ولاية له على نفسه ، لأن عبارته ملغاة في نظر الشارع فأولى ألا تثبت له ولاية على غيره .

وناقص الأهلية كالصبي المميز وذي الغفلة لا يملك تزويج نفسه وحده بل يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه ، وحينئذ لا تكون له ولاية على غيره .

والعبد وإن كان بالغاً عاقلا إلا أنه ليس أهلا للملكية أصلا . والولاية حق لا يملكه لأن منافعه مملوكة لسيده فوقته كله مصروف في خدمة مولاه وقيامه بمطالبه فليس عنده متسع للنظر في شئون غيره .

الثاني : أن يكون متحداً في الدين مع المولى عليه ،لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة ، ولأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين ، ولأن الولاية في الزواج تتبع الأرث ولا أرث بين المختلفين ديناً ، وعلى هذا لو كان للصغيرة شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحي كانت الولاية للمتحد معها في الدين ، فتكون للمسلم إذا كانت مسلمة وللمسيحي إن كانت مسيحية .

وقد استثنوا من هذا الشرط صاحب الولاية العامة كالقاضي ، لأن ولايته

مستمدة من ولاية الحكم رئيس الدولة وولايته عامة على المسلمين وغيرهم . وهو ولي من لا ولي له ، وكذا السيد المسلم فإنه يملك تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية [1] .

ويرى الجعفرية أن غير المسلم لا ولاية له على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم .

وبعد هذا . هل يشترط في الولي العدالة بحيث لا يملك الفاسق أن يزوج غيره ؟

يرى الشافعي وأحمد في أحد قوليها أنها شرط لحديث « لا نكاح إلا بولي مرشد » وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد .

ويذهب أبو حنيفة ومالك إلى أنها ليست شرطاً ، ويوافقهما الشافعي وأحمد في القول الآخر . وعلى هذا يجوز للفاسق أن يتولى عقد الزواج لمن في ولايته ، لأن الفاسق له ولاية كاملة على نفسه بحيث يزوج نفسه فلا مانع من أن يتولى أمر غيره ، لأن عماد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسقه لا يمنع من شفقته بأولاده ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه . فيستوى في ذلك مع العدل فتثبت له ولاية التزويج .

ولاحتمال تهاونه في تقدير المصلحة قالوا : إنه إن كان فاسقاً متهتكاً لا يبالي بقبح ما يصنع يشترط لتنفيذ عقد زواجه لابنته أن تتوافر فيه المصلحة بأن يكون الزواج من الكفء وبمهر المثل ، فان لم يكن كذلك لا ينفذ ، ويكون حكمه في ذلك حكم الأب المعروف بسوء الرأي والاختيار وهو عدل فإنه

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ .

لا تسلب ولايته على ابنته الصغيرة بسوء رأيه ولكن عقده لهـــا مشروط بالمصلحة .

ثم قالوا في الحديث السابق : إن كلمة مرشد غير ثابتة فيه ، وعلى فـــرض ثبوتها فليس معناها إلا أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه . وهو أمر يكون من العدل وغير العدل . على أن نفس الحديث تكلم فيه المحدثون بالضعف فيترجح الرأي الثاني .

وفي ترجيح هذا الرأي يقول عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام :(١) «وولاية النكاح لا تشترط فيها العدالة على قول ، لأن العدالة إنمـــا شرطت في الولايات لتزع الولي عن التقصير والخيانة وطبع الولي في النكاح يزعه عن التقصير والخيانة في حق موليته لأنه لو وضعها في غير كفء كان ذلك عاراً عليه وعليها ،وطبعه يزعه عما يدخله على نفسه وموليته من الأضرار والعار » .

والجعفرية يوافقون أصحاب الرأي الثاني في ولاية الأب والجد فلا تشترط العدالة فيها ولكنهم شرطوها في الحاكم والوصي (٢)

المبحث الثاني

في الولاية القاصرة في الزواج ولمن تثبت

قدمنا أن الولاية تتنوع إلى نوعين قاصرة ومتعدية .

أما الولاية القاصرة وهي التي يملك فيها الشخص تزويج نفسه فتثبت بالاتفاق

---

(١) جـ١ ص ٦٧

(٢) في مذهبهم لا تثبت الولاية في الزواج إلا لهؤلاء الأربعة وللسيد بالنسبة لعبيدة وإمائه

الرجل البالغ العاقل . فيملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له او أقل منه بمهر المثل أو بأكثر منه دون أن يكون لأحد الاعتراض عليه في ذلك .

وأما المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها . ومن ثم اختلفوا في صحة الزواج بعبارتها .

فذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل في المشهور عنه إلى أنه لا يجوز لها أن تباشر عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها ، بل إذا وكلت رجلا غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها فلا تستطيع تمليك غيرها ما لا تملكه . وهذا مروي عن عدد من فقهاء الصحابة .

وذهب الحنفية إلى جواز ذلك بصرف النظر عن اختلافهم في استقلالها بذلك [1] أو لا ، ويوافقهم في ذلك الجعفرية في أشهر أقوالهم ، فيجوز لها أن تزوج نفسها وأن تكون وكيلة لغيرها إيجابا وقبولا وإن كانوا يقولون يستحب لها أن تستأذن وليها فإن لم تفعل كان عملها مكروهاً [2] .

---

(١) أبو حنيفة وأبو يوسف في الرواية الأخيرة عنه يقولان : إنها تستقل بذلك لأن ولاية الولي عليها ولاية ندب واستحباب فقط ، وذهب محمد في الرواية المشهورة عنه إلى أنها لا تستقل بها فينعقد موقوفاً عنده ، لأن الولاية مشتركة بينها وبين وليها فلا يستقل أحدهما بالعقد ، فإذا اتفقنا على الزواج جاز لكل منهما أن يتولى العقد بعد ذلك ، والفرق بينهما يظهر فيما إذا اختارت الزوج الكفء وتزوجت بمهر المثل نفذ عقدها ولزم على الأول وتوقف على إذن الولي في الثاني . هذا هو المشهور عند أئمة الحنفية الثلاثة وهو المذكور في كتاب الهداية ، وفي فتح القدير ج٣ للكمال ابن الهمام يذكر عن أبي حنيفة روايتان هذه والأخرى المفصلة بين تزوجها بكفء فيصح وأن كان بغيره لا يصح إذا كان لها ولي حي . وعن أبي يوسف ثلاث روايات لا يصح إلا بولي . يصح بالكفء لا بغيره . يصح مطلقاً . وعن محمد روايتان .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٠ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٣٧ .

استدل أصحاب الرأي الأول :

أولا : بالآيات القرآنية التي أضافت النكاح إلى الأولياء مثل قـوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « وأنكحوا الأيامى منكم » فالأنكاح هو تولي إنشاء العقد ، وقد خاطب الأولياء به وأضافه إليهم ، وهو يدل على أنه حق لهم لا يتولاه غيرهم ، والأيم اسم لامـرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ومتى ثبتت الولاية عليها لم تكن لهـا ولاية فلا تملـك إنشاء العقد .

ثانيا : الأحاديث التي تنهي المرأة عن أن تزوج نفسها والتي تفيد أن النكاح بغير ولي باطل .

منها : ما رواه ابن ماجه عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » .

وما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » [1] وغير ذلك من الأحاديث :

ثالثا : بالمعقول قالوا : إن الزواج عقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر ويترتب عليه آثار خطيرة . فالمصلحة تقضي بالحذر فيه فيحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال ، ومعرفة من يصلح زوجاً ومن لا يصلح ، ولا يتوفر ذلك إلا في الولي من الرجال ، لأن المرأة مع قلة خبرتها بأحوال الرجال سريعة التأثر والانخـداع فتنساق وراء العاطفة دون نظر للمستقبل .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠١ .

واستدل الحنفية كذلك بالقرآن والسنة والمعقول :

أما القرآن فقد :ورد فيه عدة آيات أضافت النكاح إلى المرأة . منها قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غـــيره » فقد أضاف النكاح إليها وهذا يفيد أنه يتصور النكاح منها وأنه جائز لأنه جعله غاية للحرمة ومنهياً لها .

ومنها قوله سبحانه: « فلا جناح عليهما أن يتراجعا» فقد أضاف التراجع وهو التناكح إليهما من غير ذكر الولي ، وقوله جل شأنه :«وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأضاف النكاح إليهن وهو يدل على جواز النكاح بعبارتهن .

وأما السنة :فما رواه ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماتها »[1] رواه الجماعة إلا البخاري.

وفي رواية « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها . فقد جعل الثيب أو الأيم أحق بنفسها وهذا يقتضي أن للولي حقاً ،وليس للولي حـــق إلا مباشرة عقد الزواج فتكون أحق منه بهذه المباشرة .

قالوا: وقد ثبت أن أم المؤمنين عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر أمضى العقد .

أما المعقول فقالوا : إنها حين تزوج نفسها ،تصرف في خالص حقها لأن نفسها مملوكة لها وهي عاقلة بالغة ،وقد اتفق الفقهاء على أنها تتصرف في أموالها متى كانت كاملة الأهلية . فكذلك الزواج بل هو أولى لأنها هي الـتي ستتزوج

---

(١) المرجع السابق ص ١٠٣ .

لا وليها . فمن حقها أن تختار الرجل الذي تسلمه نفسها وتلتزم بطاعته .

فإن كان يترتب على فعلها في بعض صوره ضرر يلحق أسرتها كأن تزوج نفسها من غير كفء فيمكن تلافيه بإثبات حق الاعتراض للأولياء ، فلهم أن يطلبوا فسخ ذلك العقد غير المتكافىء .

وأصحاب هذا الرأى مع إثباتهم للمرأة حق مباشرة زواج نفسها يقررون أنه يندب لها أن توكل وليها لمباشرة هذا العقد كيلا تخرج عن مألوف الناس وتوسم بقلة الحياء .

تلك هي أدلة الفريقين وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر ومع طول المناقشة لم تخلص أدلة كل طرف لأثبات مدعاه بتمامه ، لأن الآيات القرآنية كما أسندت النكاح إلى الأولياء أسندته إلى النساء أيضاً ، وهذا يدل على أن لكل منهما حقاً فيه ، وليس حقاً خالصاً لطرف دون آخر [1] .

---

(١) قيل للفريق الأول في استدلالهم بقوله تعالى «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » الآية.

إن الخطاب فيها يحتمل أن يكون لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين . وكلاهما أقرب من أن يكون خطابا لأولياء المرأة . لأن الآية لم يقصد بها بيان حكم الولاية على المرأة . وإنما قصد بها بيان تحريم إنكاح المشركين ونكاح المشركات ، وهذا أمر يكلف به أولياء الأمر من المسلمين أو كل المسلمين حسبة ، وقيل لهم في الآية الثانية « وأنكحوا الأيامى منكم . . . » إن الخطاب فيها كما يحتمل أن يكون للأولياء يحتمل أن يكون للناس جميعاً ، وتكون الآية خطاباً للأمة كلها بأن ينكحوا من لا زوج له من الرجال والنساء وقوله (منكم) معناه الذين من جنسكم في الحرية بقرينة عطف الصالحين من العبيد والأماء عليه لكن أي الاحتمالين أرجح من الاخر ؟

إذا نظرنا إلى ألفاظ الآية وجدنا فيها كلمتي « أنكحوا » و« الأيامى » والأول حقيقة في التزويج وهو إجراء عقد الزواج ، والثانية حقيقة فيمن لا زوج له من الرجال والنساء كباراً وصغاراً ، =

أما الأحاديث الناهية للمرأة عن أن تزوج نفسها والتي تخبر ببطلان نكاحها، فهي ظاهرة فيما إذا استقلت بالعقد دون أن يكون لوليها رأي فيه ، أما أنها تدل على بطلان عبارتها وهو موضع الخلاف فليس فيها ما يدل على ذلك .

= وإرادة المعنيين الحقيقيين فيها لا يتفق مع المقرر في تشريعات الزواج، لأن المعنى عليه أن الناس يكلفون بأن يزوجوا الأيامى وفيهم الرجال الكبار مع أنه لا ولاية لأحد عليهم ، فكان لا بد من التأويل في إحدى الكلمتين إما في كلمة (أنكحوا) باستعمالها في معنى أعم من إجراء العقد وهو المساعدة في النكاح والمعاونة عليه وتبقى كلمة (الأيامى) على عمومها .

وإما في كلمة الأيامي بحملها على غير الرجال الكبار ، وتبقى كلمة أنكحوا على حقيقتها وهو إجراء عقد التزويج لكن التأويل الأول أرجح يؤيده سياق الآية فإنها مسوقة للترغيب في النكاح الحلال بعد الزجر عن الزنى ودواعيه القريبة والبعيدة من النظر وإبداء الزينة ودخول البيوت بغير استئذان ، والذي يناسبه إبقاء الأيامى على عمومها فالمولى سبحانه يقول للناس جميعاً في هذه الاية : ساعدوا من لا زوج له على الزواج الحلال ولا يمنعكم الفقر وقلة المال. فان الفقر والغنى بيدي (إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله) وعلى هذا لا تصلح الآية دليلاً على ثبوت حق الولي في اختصاصه بأجراء الزواج .

وقيل للفريق الثاني فيما استدلوا به من الآيات في الآية الأولى وهي قوله سبحانه (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) يحتمل أن يراد بالنكاح الوطء لأنه جعل غاية لعدم الحل وغاية الحرمة هي الوطء لا العقد فلا تفيدكم في الاستدلال على أن المرأة تعقد عقد زواجها.

وقيل لهم في الآية الثانية وهي « فلا جناح عليهما أن يتراجعا» إن إضافة التراجع إليهما لا يفيد أن يكون العقد من جانب المرأة، لأن المقصود من الآية كلها بيان أن الحرمة انتهت بنكاح زوج آخر «حتى تنكح زوجاً غيره) فإذا حصل ذلك فلا جناح عليهما أن يتزوجا من جديد . ويكون بالطريق المشروع وهو طريق الولي . ومعنى أن يتراجعا أن يتراجع الطرفان طرف الزوج السابق وطرف المرأة وهو وليها بعد إذنها في ذلك .

وهكذا انتهت المناقشة للاستدلال بالآيات إلى أن القرآن أضاف النكاح إلى الأولياء وإلى النساء ولا مرجح لأحدهما على الآخر فيفيد القرآن في مجموعه أن حق التزويج ثابت لكل منهما لا يختص به طرف دون آخر .

وأما ما جاء فيها من عبارة « فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » ، فقد قيل إنها من كلام أبي هريرة ، ويؤيده ما رواه الدار قطني عنه : « كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية » أي أنهم كانوا يستقبحون ذلك من المرأة. وعلى فرض ثبوت رفعها إلى الرسول فتحمل على ما إذا استقلت بالعقد واستبدت به ، وقد صرحت الآثار المروية عن الصحابة بهذا المعنى .

فقد روى الدارقطني عن عكرمة بن خالد قال : « جمعت الطريق ركباً فجعلت امرأة منهن ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها ، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكوح ورد نكاحها .

وروي عن علي كرم الله وجهه : « أنه كان يضرب في النكاح بغير ولي »[1].

وأما أحاديث الاستئمار والاستئذان فغاية ما تفيده ، أن على الولي أن يفعل ذلك عند زواج موليته ولا يستبد بالعقد ، وليس فيها أنها تستقل بالعقد ، وكونها أحق من وليها ليس معناه أنها أحق بالاستقلال به ، وإلا لتعارضت مع الأحاديث السابقة ، وإنما يراد أنها أحق بالرضا بالزواج من وليها ، وأن رضاه ليس كافياً لأنها التي ستتزوج ويقع عبء الزواج عليها بعد تمامه .

والمعنى أنها أحق بوضع نفسها عند الزوج الذي ترضى به ، فلكل منهما حق لكن حقها أعظم من حق الولي. بدليل أن رسول الله كان يرد الزواج الذي يستبد به الولي ويجعل للمرأة الخيار فيه .

أما معقول الفريق الأول فلا يفيد إلا أن الولي أصوب رأياً في اختيار الزوج من المرأة وهذا لا يقتضي استبداده بالعقد وبطلان مباشرتها له ، كما أن معقول الفريق الثاني قياس مع الفارق . حيث الفرق واضح بين تصرفها في المال الخاص

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠١ .

بها ، وتصرفها في نفسها بالزواج الذي هو رباط بين أسرتين لا بين فردين .
يترتب عليه إدخال فرد أجنبي في أسرتها يختلط بها ويطلع على ما خفي من أمورها ، وقد يلحق الأسرة منه عار ، فضرر الزواج لا يعود على المرأة فقط ، بل يعود عليها وعلى أسرتها ، بخلاف المال فإن نفعه وضرره يعود عليها وحدها غالباً وأمره سهل هين .

وبذلك نستطيع الجمع بين تلك الأدلة لنخرج منه بنتيجة تقول :

إن الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها، فلا يصح لواحد منهما أن يستقل به ابتداء ، بل لا بد من اشتراكهما فيه بتحقق رضائهما معاً ، فإذا تم ذلك قام أحدهما بمباشرته ، ولا تمنع المرأة من ذلك لأن أنوثتها لا تصلح مانعاً منه ، فقد ثبت أن عائشة أم المؤمنين زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب ، فلما حضر أمضى العقد . فمباشرتها العقد وإمضاء أخيها له دليل على صحة مباشرة المرأة لعقد الزواج .

غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس.

فإبقاء لحيائها وصونا لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه .

وهذ الرأي هو ما ذهب إليه الأمام الأوزاعي وأبو ثور من الشافعية كما يقول الشوكاني [1] وابن حزم الظاهري [2] . والأمام أحمد في الرواية المخرجة عنه من

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ١٠٧ .

(٢) لكن ابن حزم في المحلى قال : وقال الأوزاعي : إن كان الزوج كفؤاً ولها من أمرها نصيب ودخل بها لم يكن للمولى أن يفرق بينهما . وقال أبو ثور : لا يجوز أن تزوج المراة نفسها ولا أن تزوجها إمرأة ، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز « المؤمنون بعضهم أولياء بعض » .
وهذا يفيد أن أبا ثور لا يصحح النكاح بعبارة المرأة ، ولعل له رأيان كما نقل ابن حزم في المسألة رقم ١٨٢١ عن بعض فقهاء التابعين كعطاء والحسن البصري ، والقاسم بن محمد والزهري وابن سيرين . أنهم صححوا زواج المرأة بغير وليها .

أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها صح، وما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية من أن الولاية في الزواج شركة بين المرأة ووليها قريب من هذا .

بعد هذا نعود إلى مذهب الحنفية الذي يجري عليه العمل فنقول :

إنه يتفرع عليه أنه إذا زوجت المرأة نفسها. فإما أن يكون لها ولي عاصب أو لا . فإن لم يكن لها ولي عاصب صح زواجها ونفذ على أي شكل تزوجت بكفء أو بغيره بمهر المثل أو بأقل منه لانفرادها بالحق حينئذ .

أما إذا كان لها ولي عاصب . فإن زوجت نفسها بالكفء وبمهر المثل ، كان العقد لازماً كذلك ، وليس للولي اعتراض عليه لأنه لا موضع لاعتراضه .

وإن زوجت نفسها بغير الكفء ، فعن الأمام روايتان : الأولى أن الزواج صحيح نافذ غير لازم ، فللولي الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الكفاءة والمهر المماثل حقان مشتركان بينهما .

والثانية : وهي رواية الحسن بن زياد عنه ، أن الزواج غير صحيح دفعاً للضرر الذي يناله من أساسه .

وقد رجح الفقهاء هذه الرواية للعمل والفتوى . لأن صحة هذا الزواج قد تؤدي إلى الضرر لاحتمال أن يسكت الولي عن اعتراضه حتى يدخل الزوج بها وتحبل أو تلد فيتقرر الضرر ، وقد لا يقبل اعتراضه لأي سبب .

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير : «كم من واقع لا يرتفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعاً له » .

أما إذا زوجت نفسها بالكفء وبأقل من مهر المثل صح العقد . ولكنه

لا يكون لازماً بالنسبة للولي فله الاعتراض ليكمل المهر أو يفسخ العقد .

وليلاحظ هنا أن الولي الذي له حق الاعتراض هو الولي العاصب ، أما غير العصبة من ذوي الأرحام فلا حق لهم في الاعتراض ، كذلك يشترط في رضى الولي بالزواج أن يكون صريحاً . فمجرد السكوت بعد العلم بالعقد لا يترتب عليه لزوم العقد إلا إذا امتد السكوت إلى أن تحمل حملا ظاهراً محافظة على حق الولد .

هذا ما يجري عليه العمل في مصر ، أما في لبنان فقد سبق بيانه عند الكلام على شروط اللزوم من أنه بالنسبة للمسلمين السنيين مما جاء بالمادة - ٤٧ - من قانون حقوق العائلة - وهو أن عقدها لازم إلا في حالة تزويجها بغير الكفء ، أما نقصان المهر عن مهر المثل فلا يؤثر في لزومه .

وبالنسبة للجعفريين أن عقدها نافذ لازم ولو كان بغير الكفء وبأقل من مهر المثل لأنهما حقان خالصان لها كما هو مقرر بمذهبهم .

المبحث الثالث

في من تثبت له الولاية المتعدية

قلنا إن الولاية المتعدية هي التي يملك بها الشخص تزويج غيره . ففيها ولي مزوج ومولى عليه يزوج .

وهذا البحث معقود لبيان من تثبت له هذه الولاية فنقول :

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن هذه الولاية تثبت للعصبة بالنفس من الأقارب . وهم كل قريب رجل يتصل بالمولى عليه اتصالا لا ينفرد بالتوسط بينهما

فيه أنثى . ويشمل ذلك أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا، وفروعه وهم الأبناء وأبناؤهم وإن نزلوا ، وفروع أبويه من الذكور وهم الأخـوة سواء كانوا أشقاء أو لأب وأبناؤهم وإن نزلوا ، وفروع الأجداد وهم الأعمـام وأبناؤهم كذلك .

غير أن الشافعية لم يجعلوا للأبناء وأبنائهم ولاية إلا إذا وجدت صفة أخرى غير البنوة [1] .

كما اتفقوا على أنها تثبت للسيد على من يملكهم من العبيد والأماء ، وللحاكم أو نائبه إذا لم يوجد ولي من الأقارب، أو حصل عضل منه بالامتناع عن التزويج عند الحاجة .

واختلفوا في ثبوتها للوصي . فمنعها الحنفية [2] والشافعية ، وأثبتها المالكية مطلقاً والحنابلة في رواية [3] . كما اختلفوا في ثبوتها لغير العصبة من الأقارب ، فأثبتها أبو حنيفة وأبو يوسف في أحد قوليه : للأقرباء الورثة من أصحـــاب الفروض وذوي الأرحام ، ولا تنتقل إلى الحاكم مع وجود واحد من هؤلاء .

وذهب الجعفرية إلى ثبوتها للأب والجد والوصي والمولى والحاكم .

---

(١) جاء في المنهاج وشرحه جـ ٣ ص ٢٢٢ : « ولا يزوج ابن ببنوة لأنه لا مشاركة بينه وبين أمه في النسب فلا يعتني بدفع العار عنه ، فإن كان ابن ابن عم أو معتقاً لها أو قاضياً زوج به ولا تضره البنوة لأنها غير مقتضية لا مانعة » .

(٢) يقول صاحب البدائع جـ ٢ ص ٢٥٢ : « وليس للوصي ولاية الأنكاح لأنـــه يتصرف بالامر فلا يعد وموضع الامر كالوكيل ، وإن كان الميت أوصى إليه لا يملك أيضـــا لانه أراد بالوصاية إليه نقل ولاية الانكاح وأنها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت » .

(٣) في مذهب الحنابلة ثلاث روايات الأولى أنها تثبت للوصي مطلقاً ، والثانيه تثبت له إذا نص في الإيصاء إليه على الزواج ، والثالثة لا يملكها الوصي إذا كان للموصي عليه ولي عاصب .

وإليك تفصيل مذهبي الحنفيه والجعفرية لجريان العمل عليهما .

يرى أئمة الحنفية أن الولاية في الزواج تثبت أولا للعصبات النسبية بالترتيب الآتي :

فروع الشخص من الذكور كالأبن وابن الأبن وإن نزل ، ثم أصوله. كالأب والجد لأب وإن علا، ثم فروع أبويه من الذكور كالأخوة الأشقاء والأخوة لأب وأبنائهم ، ثم فروع الأجداد كذلك كالأعمام لأبوين أو لأب وأبناء الأعمام .

فاذا كان للقاصر عاصب واحد من هؤلاء ثبتت الولاية له ، **وإن كان له أكثر** من عاصب فان اختلفت جهتهم **قدم من كان من فروعه على من كان من أصوله، ثم من كان من أصوله على من كان من** فروع الأبوين ، ثم من كان من فروع الأبوين على من كان من فروع الأجداد .

فالأبن مثلا يقدم على الأب ، والجد على الأخ ،والأخ على العم وهكذا .

وإن اتحدت الجهة فإن اختلفت الدرجة قدم الأقرب درجة ، **فالأبن يقدم** على ابن الأبن ، والأب على الجد ، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ الشقيق وهكذا .

فإن إجتمع أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب قدم الشقيق ، وكذلك إذا اجتمع عمان أو أبنا أخوين ، وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كأخوين شقيقين أو لأب أو عمين شقيقين أو لأب تثبت الولاية لكل منهما كاملة لأنهاثبتت بسبب لا يتجزأ وهو القرابــة . فتثبت لكل واحد من الأولياء المتساويين على الكمال كأنه ليس معه غيره [1]

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥١ .

فإذا زوج أحدهما القاصر صح ذلك ، وإن زوجه كل منهما بدون علم الآخر صح السابق منهما إن علم،فإن لم يعلم السابق وكان المزوج ذكراً صح العقدان لعدم المانع ، وإن كان أنثى أبطل العقدان لعدم المرجح لأحدهما على الآخر وهي لا يصح زواجها لأكثر من واحد في وقت واحد .

وقد اتفق أئمة الحنفية على ثبوت الولاية لهؤلاء . كما اتفقوا على هذا الترتيب في جملته ولم يختلفوا إلا في صورتين .

أولاهما : ما إذا ثبت أن الزواج في مصلحة المجنونة أو المعتوهة وكان لها أب وإبن فالابن مقدم في تزويجها عند أبى حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه تطبيقاً للقاعدة العامة في ترتيب العصبات .

وقال محمد بن الحسن يقدم الأب على الإبن في هذه الحالة لوفور شفقة الأب وطول خبرته فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس والمال جميعاً بينما الإبن لا تثبت له الولاية على المال ، ولجريان العرف بذلك في كل الأمصار ، ولأن الأب من قومها والإبن ليس منهم لأنه ينسب إلى أبيه .

وروى عن أبي يوسف أن أيهما زوجها صح زواجه لأنها بالنسبة إليها في درجة واحدة . فإذا كان الأب أوفر شفقة فالإبن مقدم في الميراث عليه .

ومع وجاهة رأي محمد اختار الفقهاء الرأي الأول وجعلوا الفتوى عليه لاتفاقه مع القاعدة العامة . وإن كان الأفضل أن يفوض ابنها إلى أبيها أمر تزويجها تعظيماً له لمكانة الأبوة كما يقول الكاساني في بدائعه [1] .

وثانيهما :إذا اجتمع الجد والأخ فعند أبي حنيفة يقدم الجد لأنه مقدم عنده في الميراث ، وعندهما تثبت الولاية لهما لأنهما يشتركان في الميراث فهما متساويان .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٥٠ .

فإذا لم يوجد ولي عاصب هل تنتقل الولاية إلى الأقارب الوارثين من أصحاب الفروض وذوي الأرحام ثم من بعدهم إلى القاضي . أو تنتقل بعد العصبات إلى القاضي ؟

يرى أبو حنيفة أنها تنتقل إلى هؤلاء الأقارب قبل القاضي ولا تنتقل إليه إلا إذا لم يوجد واحد منهم ووافقه أبو يوسف في أشهر الروايتين عنه .

ويذهب محمد بن الحسن إلى أنه لاحق لهؤلاء في ولاية الزواج وإن كانوا ورثة ، فإذا لم يوجد عاصب كانت الولاية للقاضي الذي نص في مرسوم توليته على تزويج اليتامى فيتولاه نيابة عن ولي الأمر ، ووافقه أبو يوسف في الرواية الأخرى عنه .

وسبب هذا الخلاف اختلافهم في سبب الولاية أهو التعصب أم القرابة ؟ فمن قال : إن سببها التعصيب قال لا تنتقل إلى هؤلاء بل للقاضي مستدلاً بحديث « النكاح إلى العصبات » فإنه يدل على قصر الزواج على العصبات وحديث « السلطان ولي من لا ولي له » فتكون الولاية لولي الأمر بعد فقد العصبات .

ولأن العصبات هم الذين يلحقهم عار الزواج أو فخاره فيقتصر عليهم ليتحرزوا من نسب يلحقهم به العار ، وتولى القاضي بعد ذلك إنما هو بطريق النيابة عن ولي الأمر صاحب الولاية العامة .

ومن قال إن سبب الولاية هو القرابة يقول : تنتقل إلى غير العصبات ، لأن هذه الولاية يقصد بها النظر في مصلحة المولى عليه ، وهذا النظر كما يوجد من العصبات يوجد من غيرهم من الأقارب ، لأنه أمر يقوم على الشفقة وهي موجودة عند هؤلاء الأقارب .

وهل يعقل أن الأم والجدة والأخت والعمة والخال والخالة وأمثالهم يفرطون في مصلحة القاصر ويزوجوه بأي شخص كيفما اتفق ؟ وهل دراية هؤلاء بمصلحة قريبتهم تقل عن دراية القاضي المشغول بمصالح الناس وفض منازعاتهم ؟ على أن عار الزواج يلحق هؤلاء الأقرباء أيضاً .

ومن ذا الذي ينكر تعير الأم بزواج ابنتها بغير كفء ؟ أو تعيير الجدة والأخت وغيرهما بمثل هذا الزواج ، أما حديث « النكاح إلى العصبات » إن ثبت

رفعه إلى رسول الله [١] فمحمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم وليس فيه دلالة على قصر الولاية فيهم .

لهذا رجح فقهاء الحنفية رأي أبي حنيفة وقالوا : إنه المفتى به كما نص عليه ابن عابدين في رد المحتار . وعلى هذا الرأي تثبت الولاية لذوي الأرحام حسب ترتيبهم في الإرث. فتثبت أولا للأم ثم أم الأب ثم أم الأم ثم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الجد لأم ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخوة والأخوات لأم ، ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم للعمات مطلقاً والأعمام لأم ثم الأخوال والخالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضي .

أما المذهب الجعفري فتثبت ولاية الزواج عندهم الأب والجد والوصي والحاكم والمولى كما قلنا .

أما الترتيب بينهم فالأب والجد في درجة واحدة فلا يشترط في ثبوت الولاية للجد عدم وجود الأب، إلا على رأي ضعيف ، ولذلك قالوا : لو اختار الأب شخصاً والجد شخصاً آخر قدم السابق منها ، وإن اقترنا ثبت عقد الجد .

قال الإمام جعفر : إذا زوج ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، وإذا هوى أبوها رجلا وجدها رجلا فالجد أولى بنكاحها [٢]

---

(١) فقد روي مرة مرفوعاً إلى رسول الله ومرة أخرى موقوفاً على علي كرم الله وجهه .

(٢) فقه الإمام جعفر للشيخ مغنية ج ٥ ص ٢٤١ .

ولكنهم جعلوا الولاية للأب والجد على الصغير والصغيرة وليس لسوي والحاكم ولاية على تزويجها .

أما المجنون والمجنونة فالولاية للأب والجد أيضاً سواء أكان الجنون متصلاً بالصغر بأن بلغ أحدهما مجنوناً أم كان طارئاً بأن بلغ عاقلا ثم طرأ عليه الجنون. فإذا لم يوجد أحد منهما ووجدت ضرورة للزواج زوجهما الوصي أو الحاكم . أما السفيه فالولاية عليه للأب والجد إذا بلغ سفيهما ؛ أما إذا كان السفه طارئاً بعد البلوغ رشيداً فالولاية للحاكم .

يتلخص من ذلك أن الولاية على الصغيرة والصغير للأب والجد لا يشاركهما أحد في ذلك كما أن لهما ولاية على المجنون والمجنونة مطلقاً ، فإن لم يكن أحدهما موجوداً فالولاية للوصي إن وجد أو الحاكم بشرط أن يكون في تزويجها مصلحة . وكذلك لهما الولاية على السفيه إذا بلغ كذلك ، أما من كان سفهه طارئاً فالولاية عليه للحاكم الشرعي فقط [1] .

المعمول به في مصر ولبنان

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب أبي حنيفة وهو ثبوت الولاية للأقرباء من العصبات وغيرهم بالترتيب السابق ثم من بعدهم للقاضي باعتباره أرجح الآراء في المذهب الحنفي ، ولأن لائحة المحاكم الشرعية في المادة (٢٨) نصت على أن تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم .

---

(١) راجع المختصر النافع وشرائع الإسلام للمحقق الحلي وفقه الإمام جعفر للشيخ مغنية ج ٥ ص ٢٤٢ وما بعدها والنصوص المنقولة فيه عن صاحب الجواهر . وقارن ذلك بما في كتابه لأحوال الشخصية في هذا الموضوع .

اما في لبنان فبالنسبة للسنيين الولاية للعصبات فقط ، ثم للقاضي حسبما جاء في قانون حقوق العائلة . فالمادة العاشرة منه تنص على أن « الولي في النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب » وهو كما ترى مذهب محمد والمشهور من مذهب أبي يوسف ، وبالنسبة للجعفريين مذهبهم من أنها للأب والجد من الأقرباء فقط ثم للوصي والحاكم « القاضي » في بعض الصور [1] .

غيبة الولي القريب وعضله :

إذا عرفنا ترتيب الأولياء فكل واحد منهم إذا كان مستوفياً لشروط الولاية يحجب من بعده ، فإذا تولى الولي البعيد العقد مع وجود القريب توقف العقد على إجازة من له الولاية كتزويج الأخ لأخته وأبوه حاضر ، لكن قد يغيب الولي القريب أو يمتنع عن التزويج فهل تنتقل الولاية لمن بعده ؟

إذا غاب الولي القريب وجاء الخاطب الكفء وهو لا ينتظر حضور الغائب أو معرفة رأيه ، فإن الولاية تنتقل إلى من يليه خوفاً من فوات المصلحة ، ولأن الولاية ثابتة للبعيد بأصل قرابته إلا أنها مؤخرة لكون القريب أوفر شفقة ، فإذا تعذر قيام الولي القريب بعقد العقد كان الحق للبعيد في هذه الحالة .

وعلى ذلك ليس للغائب إذا حضر أن يعترض على هذا العقد ، لأنه اعتبر في حال غيبته كالمعدوم وهذا عند أبي حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر لا تنتقل الولاية وينتظر حضور الغائب ، لأن ولايته لا تزول بغيابه ولا يخفى ما في هذا القول

---

(١) وقانون الطائفة الدرزية يجعل الولاية للعصبة بالنفس على الترتيب فإن لم يوجد ولي أو كان ولكنه غير أهل ، فالولاية لأحد شيخي العقل أو قاضي المذهب ، أو من ينيبه لذلك . المادتان ٧ ، ٨ .

من تفويت المصلحة [١] .

وإذا امتنع الولي صاحب الحق عن التزويج ، فإذا كان امتناعه لسبب ظاهر كعدم كفاءة الزوج أو لأن المهر أقل من مهر المثـل ، أو لوجود خاطب آخر يفوق الأول في مزاياه لا يعد عاضلا في هذه الحالة ولا تنتقل الولاية لغيره. فليس لمن بعده من الأولياء تولي العقد . كما لا يملك القاضي توليه لعدم الظـلم في هذه الحالة .

أما إذا امتنع من غير سبب يبيح له ذلك كان في هذه الحالة عاضـلا أي ظالماً . وحينئذ لا تنتقل الولاية لمن بعده من الأولياء لعدم سقوط ولاية الممتنع بل تنتقل إلى القاضي فيتولى العقد نيابة عنه ، لأن ما فعله ظلم يؤدي إلى تنازع الأولياء ، وهو مكلف برفع الظلم .

ويعد الولي عاضلا إذا امتنع عن التزويج عند حاجة المولى عليها إليه . كما إذا طلبت الحرة البالغة العاقلة الأنكاح من كفء موجود راغب فيها بمهر المثل ، فانه يجب عليه التزويج لأن امتناعه ظلم وهو منهي عنه ، فاذا لم يفعـل تولى القاضي نيابة عنه [٢] .

---

(١) يرى الشافعي في هذه الحالة أن الولاية تنتقل إلى القاضي . والجعفرية لا تنتقل لهذا ولا لذاك وإنما توكل شخصاً يزوجها ، وليس للقاضي تزويجها إلا بتوكيل منها .

(١) يقول صاحب البدائع جـ ٢ ص ٢٥٢ : ولولاية الأمامة شرطان غير ما شرط في الولي . أحدهما : يعم نوعي الولاية . وهو ألا يكون هناك ولي أصلا . والثاني : يخص أحدهما وهو ولاية الندب والاستحباب أو ولاية الشركة على اختلاف الاصل وهو العضل من الولي . لأن المرأة البالغة العاقلة إذا طلبت الأنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه لأنه منهي عن العضـل ، والنهي عن الشيء أمر بضده ، فاذا امتنع أضر بها ، والأمام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه » .

وروى البخـاري وأبو داود والترمذي عن معقل بن يسار قال : « كانت لي أخت تخطب إلى فأتاني أبن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقاً له رجعة ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما

ومثل ذلك إذا كانت المولى عليها مجنونة بالغة وأثبت الطب أن علاجها بالزواج ، وامتنع عن تزويجها ووجد من يرغب في زواجها .

وكذلك تنتقل إلى القاضي فيما إذا وجد أولياء في درجة واحدة وتنازعوا وخيف أن يؤدي تنازعهم إلى فوات الخاطب الكفء لقول الرسول ﷺ : « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

والجعفرية هنا على مبدئهم من أنه لا ولاية على الصغيرة إلا للأب والجد فقالوا لو عضل واحد منهما وامتنع عن تزويجها فليس لأحد أن يزوجها حتى الحاكم .

المبحث الرابع

في أنواع الولاية المتعدية وعلى من تثبت كل منهما

اتفق الفقهاء على أن هذه الولاية تتنوع إلى نوعين . ولاية جبرية . وهي التي تخول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه ، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية لاستبداد الولي فيها بأنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه .

وولاية لا جبر فيها : وهي التي تخول للولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد ، ولكن الفقهاء اختلفوا في تسميتها، فالحنفية في الراجح من مذهبهم يسمونها ولاية ندب واستحباب . على معنى أنه يستحب

= خطبت إلى أتاني يخطبها فقلت : لا والله لا أنكحها أبداً قال : ففي نزلت هذه الآية « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » الآية قال : فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه « وفي روايه : وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه » . نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠٦ والمغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٧٧ .

للولي مباشرة العقد نيابة عن المولى عليه بعد أن يتم الاختيار من جهته ، كما يستحب للمولى عليه أن يكل مباشرة العقد للولي ، حيث يصح له أن يباشره بنفسه .

ويسميها المالكية ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه .

ويسميها الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية ولاية شركة لاشتراك كل من الولي والمولى عليه في اختيار الزوج ، فلا يتم العقد إلا بتلك المشاركة ، ولا فرق بينهما إلا أن الشافعية يمنعون تولي المولى عليه العقد لأنه امرأة ، وأما محمد فيجوز ذلك كما سبق بيانه .

ولكل من الولايتين أحكام تخالف أحكام الأخرى . وإليك البيان .

أما الولاية التي لا جبر فيها « ولاية الندب والاستحباب » فتثبت لكل الأولياء عموماً لا فرق بين ولي وولي حسب الترتيب في كل مذهب كما قدمنا

وتثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة وأن كانت رشيدة. وهذا القدر متفق عليه بين الأئمة في الجملة ،لكنهم اختلفوا وراء ذلك في أنها هل تثبت على تلك المرأة مطلقاً بكراً كانت أو ثيباً ، أو أنها مقيدة بقيد بحيث لو لم يوجد كانت الولاية إجبارية ؟ .

فالحنفية والجعفرية لا يشترطون فيها شيئاً، ويوافقهم الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم والشافعية يشترطون فيها الثيابة فإن كانت بكراً فالولاية عليها إجبارية . وهي رواية عند الحنابلة .

ويوافقهم المالكية في القول المشهور عندهم [1] فإنه يقرر أن البكر البالغة

---

(١) وذهب ابن وهب إلى أن البكر تجبر ما لم تكن عانساً لأنها إذا عنست صارت كالثيب. =

تثبت عليها ولاية الأجبار ولو بلغت ستين سنة أو أكثر .

ومن هذا ترى أنهم اتفقوا على أن الولاية التي لا جبر فيها تثبت على الثيب البالغة العاقلة وان اختلفوا في تفسير تلك الولاية . وفي صحة مباشرتها عقد الزواج وقد قدمنا وجهة كل من الرأيين وما اخترناه فيه ، واختلفوا في الولاية على البكر البالغة هل هي جبرية أو غير جبرية على معنى أن الولي المجبر يزوجها دون أن يكون لها رأي في هذا الزواج و لا جبر له عليها بل يزوجها بعد أخذ رأيها .

ومن هنا نرى أن الفريق الأول وهم الحنفية والجعفرية والحنابلة في رواية يسوون بينها فلا جبر عندهم .

وأن الفريق الثاني وهم الشافعية والمالكية في المشهور عندهم والحنابلة في الرواية الاخرى يفرقون بينها ، فيثبتون الولاية الجبرية على البكر الكبيرة دون الثيب الكبيرة .

استدل الفريق الثاني

أولا : بالأحاديث التي ظاهرها التفريق بينهما .

منها ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » .

ومنها ما جاء في رواية أبي داود والنسائي عن ابن عباس « ليس للولي مع

= وسن التعنيس ثلاث وثلاثون سنة على الراجح عندهم . ومنشأ الخلاف هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة أو الجهل بمصالح النساء وهي مفقودة . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٢ .

الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها » .

قالوا : إن مفهوم هذين الحديثين يفيد أن غير الثيب للولي معها أمر ، أو هو أحق بها من نفسها ، ولا يكون ذلك إلا بملكه إجبارها حيث إنه يملك مباشرة عقد الزواج لها .

وثانيا . إنه ثبت أن رسول الله ﷺ رد نكاح الثيب التي زُوجت بدون رضاها فيما أخرجه الجماعة إلا مسلماً عن خنساء بنت خِدَام الأنصارية قالت : « إن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه »[1] .

وثالثا : ثبت أن أبا بكر رضي الله عنه زوج ابنته عائشة لرسول الله ﷺ ولم يكن لها رأي وهي وإن كانت هذه صغيرة فهي بكر . فعلم بذلك أن علة الإجبار كون المزوجة بكرا .

وهذه العلة موجودة في البكر الكبيرة . لأنها جاهلة بأمور الزواج فتجبر بخلاف الثيب فإنها عالمة بالمقصود من الزواج ، ولها خبرة سابقة فيه. فلا تجبر عليه كالرجل .

هكذا استنبط الشافعية علة الأجبار وهي البكارة من قضية تزويج عائشة .

والمالكية يذهبون إلى أن علة الأجبار أحد أمرين .الصغر أو البكارة أخذاً من هذه القصة ،ومن ثم أثبتوا الجبر على البكر ولو كانت كبيرة ، وعلى الثيب الصغيرة .

أما الحنفية ومن وافقهم الذين لا يفرقون بينهم فقد قالوا :إن علة الأجبار

---

(١) نيل الأرطار ج ٦ ص ١٣٧ .

هي الصغر لأن الصغر هو مناط عدم الخبرة بأحوال الزواج، وهو مانع من القدره على اختيار الزوج ، أما الكبيرة فهي عاقلة لها رأي ، والبكر وان لم تخبر الزواج عملياً إلا أنها تستطيع التمييز بين الرجال وتعرف من يصلح لها ومن لا يصلح ، فإذا اختار لها وليها زوجاً كان لها الخيار في القبول والرد، وإذا كانت علة الأجبار الصغر وهي غير موجودة في البكر الكبيرة فلا تجبر لأن الحكم لا يوجد بدون علته .

واستدلوا ثانياً : بأنه ثبت في أكثر من حديث « أن الثيب تستأمر والبكر تستأذن » وهذا يفيد أنها في الكبيرة . لأن الصغيرة لا أمر لها ولا إذن .

وتلك الأحاديث تدل على أنه لا بد من أخذ رأيها في الزواج، لكنها عبرت في جانب الثيب بالاستئمار وفي جانب البكر بالاستئذان ، وكل منها يطلب به رأي المرأة لا فرق بينهما في ذلك ، وإنما يظهر الفرق في التعبير عن هذا الرأي . ففي جانب الثيب أمر صريح بالكلام أو ما يقوم مقامه من الفعل ، وفي جانب البكر مجرد إذن يكفي فيه السكوت الدال على الرضى ، يوضح ذلك ما جاء في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها » .

ولما قالت أم المؤمنين عائشة يا رسول الله : إن البكر تستحمي قال « رضاها صماتها » متفق عليه ، وهل يتفق الجبر مع الرضى ؟

على أنه جاء في رواية لأبي داود والنسائي « واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها » وجاء في رواية عائشة قلت : يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن ؟ وقال « نعم » قلت : إن البكر تستأمر فتستحي فتسكت فقال « سكاتها إذنها » متفق عليه .

ففي هذين الحديثين التعبير في جانب البكر بالاستئمار . فأي فرق بينهما ؟

وأصرح من كل هذا ما جاء في رواية أحمد عـن أبي موسى أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فقد أذنت وإن أبت لم تكره »[1]

واستدلوا ثالثا : بأنه ثبت أن رسول الله رد نكاح البكر الكبيرة الـتي زوجت بدون رضاها .

ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسند الأمام أحمد من حديث ابن عباس « أن جارية بكرا أتت رسول الله فذكرت أن أباها زوجـها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ وهو حديث صحيح[2] .

واستدلوا رابعا : بأن رسول الله ﷺ سوى بينهما في النهي عن إنكاحها حتى يتحقق ما يدل على رضائهما في الحديث المتفق عليـه الذي رواه أبو هريرة

---

(1) قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ . حديث أبي موسى أخرجه ابن حبان والحاكم وأبو يعلى والدارقطني .

قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . قد يقال : إن اليتيمة من لا أب لها وهي لا تجبر عند الجاعلين ولاية الجبر للأب فقط ، قلنا : إن وصيه له ذلك من بعـــده عند المالكيه والحنابلة ، والجد له ذلك عند الشافعية حيث إنها ثابتة لها . فالتي فقدت أباها وزوجها وصيه عند الأولين وجدها عند الآخرين يتيمة يقول الحديث عنها « وان أبت لم تكره » .

(2) وقول البيهقي فيه إنه مرسل مردود كما قال الكمال بن الهمام في فتح القدير :أولا بحجية المرسل الصحيح ، وثانيا . بأن عكرمة راوية قال مرة : إن جارية بكراً أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل ، وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبي ولا شيء في ذلك ... وقال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه خنساء بنت خذام التي زوجها أبوها وهي ثيب . فان هذه بكر وتلك ثيب ، وهما واقعتان بدليل ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحها أبوهمـــا وهما كارهتان

راجع فتح القدير ج ٣

أن رسول الله ﷺ قـــال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن »[1] فهو صريح في النهي عن إنكاح كل منهما حتى يصدر منها مايدل على رضاها .

إذاً لا فرق بين الثيب والبكر حتى تجعل الولاية على إحداهما جبرية وعلى الثانية غير جبرية فيترجح بذلك القول بأن الولاية على المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً غير جبرية، لأن المفهوم الذي استدل به القائلون بالجبر لا يقوى على معارضة منطوق الأحاديث الأخرى التي استدل بها المانعون للجبر وقد قدمناها قريباً[2] .

ولقد قال ابن القيم[3] في ترجيح القول بعدم ثبوت الجبر على البكر العاقـلة الرشيدة « إن عـــدم الجبر هو الموافق لقواعد الشريعة ، فإن البكر العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ،ولا يجبرها على إخراج اليسير منـه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريده ، ويجعلها أسيرة عنده كما قال رسول الله ﷺ :« اتقوا الله في النساء فأنهن عوان عندكم » أي أسراء . ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها » اهـ

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣٧ .

(٢) على أنا نقول لهم : إن نظم باقي الحديث الذي استدلوا بمفهومه يخالف ذلك المفهوم لأنه يقول : « والبكر يستأمرها أو يستأذنها » وهو ظاهر في الوجوب ، ووجوب الاستئمار مناف للأجبار ، لأنه طلب الأمر أو الأذن . وفائدته الظاهرة ـ كما قلنا ـ ليست إلا ليعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه . وهذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمـه على المفهوم المعارض ، لأنه يستحيل ان يكون الغرض من الاستئذان أن يستأذنها ثم يخالفها ويزوجها قهراً عنها . لأنه يجرد الأمر بالاستئذان عن الفائدة .

(٣) زاد المعاد في هدي خير العباد جـ ٤ ص ٢.

بم يكون الرضا ؟

يتحقق الرضا من الثيب بالقول وبالفعل كمطالبتها بالمهر والنفقة ، وتمكينها من نفسها لحديث « الثيب يعرب عنها لسانها » والفعل يدل على ما يدل عليه القول . وقول رسول الله لبريرة « إن وطئك زوجك فلا خيار لك » .

أما البكر فرضاها يتحقق بهذين الطريقين ، وبأمر ثالث وهو السكوت[١] لحديث «وأذنها صماتها»،ولأنها تستحي من النطق بالأذن في النكاح لما فيه إظهار رغبتها في الرجـــال فتنسب إلى الوقاحة ، فلو لم يجعل سكوتها إذنا وشرط استنطاقها ـ وأنها لا تنطق عادة ـ لفاتت عليها مصالح الزواج مع حاجتها إلى ذلك وهذا لا يجوز ، والسكوت وإن كان محتملا للرضا وعدمه إلا أنه يترجح جانب الرضا ، لأنها لو لم تكن راضية لردت ، لأنها إن كانت تستحي من الأذن فلا تستحي من الرد فلما سكتت ولم ترد دل على أنها راضية .

ويقوم مقـام السكوت كل فعل يدل على الرضا . كالتبسم أو الضحك من غير استهزاء ، وقالوا : ومنه البكاء بدون صوت فإنه بكاء الفرح .

المراد بالبكر والثيب هنا :

ليس المراد بالبكر والثيب هنا حقيقتهما اللغوية ، لأن حقيقة البكارة بقاء العذرة ، وحقيقة الثيابة زوالها، والحكم هنا ليس مبنياً على ذلك بالإجماع ، لأن

---

(١) الحنفية قالوا : إن سكوتها يعتبر إذناً في الولي الأقرب أما الأبعد والأجنبي فلا بد من الكلام لأنه توكيل لهما ولا بد فيه من القول .

والحنابلة قالوا : إذن البكر الصمات وهو المذهب لكن نطقها أبلغ ، وقيل يعتبر النطق في غير الأب .

أحكام الولاية لا تقف عند هذا المعنى، بل هناك صور ممن ذهبت عذرتها تعامل معاملة البكر في الزواج وما يتعلق به من الولاية .

فالثيب هنا : من ذهبت عذرتها بمقاربة جنسية يتعلق بها ثبوت النسب وهي ما كانت بزواج صحيح أو فاسد أو بشبهة توجب لها المهر بالاتفاق بين الفقهاء .

أما من ذهبت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة أو جراحة أو دفعة حيض شديدة فتعامل معاملة البكر بالاتفاق مع كونها ثيب بالغة [1] . لبقائها على حيائها حيث لم تمارس أحداً من الرجال ، كما أنها لم تباشر الإذن بعقد الزواج أو يقال: إنها بكر حقيقة[2]. لأن مصيبها بعد زوال عذرتها أول مصيب لها . ومنه الباكورة وهي أول الثمار .

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن زالت بكارتها بالزنى .

فالشافعي في الأصح من مذهبه وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وأحمد في المشهور عنه يذهبون إلى أنها ثيب تعامل معاملة الثيب في الزواج لا فرق في ذلك بين المطاوعة والمكرهة .

---

(١) للشافعي قول آخر : وهو أنها تعامل معاملة الثيب في الزواج لزوال عذرتها . شرح المنهاج جـ ٣ ص ٢٢٢ راجع في هذا الموضوع البدائع للحنفية جـ ٢ ص ٢٤٩ وفتح القدير جـ ٣ — والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي للمالكية جـ ٢ ص ٢٢٢ - والمغنى لابن قدامة الحنبلي جـ ٦ ص ٤٩٤ .

(٢) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير : إن البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لأول الثمار ، والبكرة لأول النهار ، وعلى العذراء وهي أخص ، أو هي من لم يصبها مصيب ومن أفراده قائمة العذرة فهو متواطىء على التعريف الثاني ومشترك لفظي على التعريف الأول جـ ٣ ص ٤٥٣ ،

قالوا : إن هذه ثيب حقيقة لغة وشرعا بما حصل منها فإن مصيبها عائد إليها ، ومنه المثابة الموضع الذي يرجع إليه ، فدخلت في الثيب في الحديث . وقد فرق بينها وبين البكر .

ولأنها تشبه الموطوءة بشبهة . وقد اتفق الجميع على أنها ثيب فتكون هذه مثلها .

ولأن البكر يكتفى بسكوتها لحيائها وهذه قد ذهب حياؤها بمخالطتها الرجال بهذا الطريق المحرم على أن الحياء أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه وإنما يعرف بمظنته وهي البكارة وقد زالت بالزنى .

وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أنها تعامل معاملة البكر إذا لم تشتهر بالزنى على الأصح ، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء كما جاء بالحديث ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته . وهذه لم تباشره بالأذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولهذا لم تدخل البكر التي زالت عذرتها بالوثبة ونحوها في الثيب في هذا الحديث وإن كانت ثيباً حقيقة ، وأن الشارع ندب إلى الستر على الزنى ، ومعاملتها معاملة الثيب في هذا الموضع تشهير بها يتنافى في الستر المطلوب .

وفي هذا يقول الكمال بن اهمام : إن الفرض أن الزنا غير مشهور فيتعارض دليل إلزامها النطق مع دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة . والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب : فيما وراء هذه ، ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها أهي بكر الآن ليكتفي بسكوتها أم لا ، بل اكتفى بالبناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في زنا لم يظهر فيجب كونها بكراً شرعاً .

وقياس الفريق الأول على الوطء بشبهة قياس مع الفارق . لأن الوطء بشبهة

أو بنكاح فاسد أظهره الشارع حيث علق عليه أحكاما من وجوب المهر وثبوت النسب بخلاف الزنا غير المشتهر فإن الشارع لم يعلق عليه أحكاماً بل أمر بالستر عليه فافترقا .

أما ولاية الأجبار فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والجعفرية على أنها تثبت على الصغير والبكر الصغيرة والمجانين والمعاتيه ذكوراً وإناثاً إذا وجدت مصلحة في تزويجهم .

واختلفوا في ثبوتها على الثيب الصغيرة والبكر البالغة العاقلة .

فالمالكية يذهبون إلى ثبوت ولاية الجبر عليهما لأن علة الجبر عندهم إما الصغر أو البكارة .

والشافعية يقولون بثبوتها على البكر الكبيرة فقط ، لأن علة الجبر هي البكارة لجهلها بأمر الزواج لعدم ممارسته بالتجربة فتكون عاجزة عن اختيار الزوج الملائم ، وعلى هذا لو زوج الأب الصغيرة ثم دخل بها الزوج ثم طلقت لا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ فتستشار إذ لا حاجة إلى زواجها ثانية حيث لم تنجح التجربة الأولى فلا داعي لتكرارها ، وهي لا تزوج إلا بأمرها كما صرح الحديث « الثيب تستأمر » ولا أمر لها ما دامت صغيرة فينتظر حتى تبلغ ليكون لها أمر .

والحنفية والجعفرية والحنابلة في أرجح الرأيين عندهم يذهبون إلى ثبوت الولاية الجبرية على الثيب الصغيرة دون البكر البالغة ، لأن علة الجبر هي الصغر ، ولذلك تثبت على الصغير وهو لا يوصف بالبكارة ولا بالثيابة ، لأن الصغر يصحبه العجز عادة عن اختيار الزوج ويلحق به ما في معناه من عته أو جنون .

والثيب الصغيرة كانت الولاية ثابتة عليها قطعا قبل الثيوبة فكان الولي يملك جبرها على الزواج إذا وجد مصلحتها في ذلك لتستوفي حظها منه بعد

البلوغ لعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه ، والثيابة التي عرضت لها لا تصلح مانعاً من تزويجها بل تجعلها أحوج إلى التزويج من البكر لأنها مارست الرجـال وصحبتهم ، فإذا ثبتت الولاية على البكر فأولى أن تبقى على الثيب الصغيرة ، والمراد بالثيب في الحديث الكبيرة كما سبق بيانه ، وبهذا يترجح ثبوت الولاية عليها ، أما البكر البالغة فالراجح عدم ثبوت ولاية الأجبار عليها كما بيناه من قبل .

من تثبت له ولاية الأجبار ؟

للفقهاء في ذلك آراء . فالشافعية والجعفرية يثبتونها للأب والجد فقط لأن ثبوتها للأب ثبت بتزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله وهي صغيرة والجد مثل الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كالأب فيأخذ حكمه في ثبوت الولاية ، ويقتصر عـلى هذين لوفور شفقتهما الـتي لا تتوفر في غيرهما من العصبات .

وأضافوا الحاكم للأب والجد في ثبوت الولاية الجبرية على المجانين والمعاتيه .

والمالكية والحنابلة في المشهور عندهم يثبتونها للأب ووصيه ، لأن الوصي قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك ، فإن الأب لا يختار وصياً لتزويج ابنته إلا إذا كان موفور الشفقة حريصاً على مصلحة ابنته .

غير أن المالكية يقيدون ولاية الإجبار للوصي بحالتي ما إذا عين الأب الزوج أو فوض له الأمر بأن يزوجها من يشاء، فإذا ملك الوصي الإجبار لا يزوجها إلا بمهر المثل وبالزوج الكفء بخلاف الأب فإنه يملك الإجبار مطلقاً [1]

---

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ .

والحنفية يثبتونها للعصبات واستدلوا بإجماع الصحابة ،وبما روى عن علي كرم الله وجهه « النكاح إلى العصبات » فقد روى مرة موقوفاً عليه وأخرى مرفوعاً لرسول الله، ولوجود الشفقة عند سائر العصبات غير أنهم لما كانوا مختلفين في قوة القرابة والشفقة اختلف الحكم في تزويجهم حيث يكون تارة لازماً ، وأخرى غير لازم . ففي تزويج الأب والجد والابن بالكفء والمهر المناسب يكون العقد لازماً لا تخييرفيه، وفي تزويج غيرهم جعل للولي عليه الخيار عند البلوغ إذا كان صغيراً أو الأفاقة إن كان مجنوناً ليتدارك الخطأ الذي يكون في تزويجهم .

المبحث الخامس

في أحكام تزويج الأولياء وأثر القانون في الولاية

هذه الأحكام وإن تقدم ذكر بعضها في ثنايا الكلام لكنها تحتاج إلى جمعها في بحث واحد، وقبل بيان تلك الأحكام نطرح السؤال الآتي :

هل لهذه الأحكام فائدة عملية الآن بعد ما منع قانون العائلة تزويج الصغار في مادته السابعة ، ومنع زواج المجنون والمجنونة إذا لم يكن مبنيا على ضرورة وإذا وجدت ضرورة يعقد الولي النكاح بأذن الحاكم ، وبعد ما قيدت القوانين المصرية الزواج بسن معينة ، ومنعت الموثقين من توثيق عقود زواجهم ، كما منعت القضاة من سماع دعوى الزوجية أو ما يتعلق بها إذا لم يبلغ الزوجان أو أحدهما السن القانونية ؟

والجواب : أن تلك القوانين وإن جعلت أحكام تزويج الصغار غير عملية لعدم واقعيتها لكنها باقية عملياً بالنسبة لتزويج فاقدي الأهليـــة من المجانين

والمعاتيه على ما كانت عليه في مصر لعدم تعرض القوانين لها ، وكذلك في لبنان لأن القانون لم يعرض إلا لمنع زواج المجانين إلا لضرورة . فإن وجدت عقد الولي الزواج بأذن الحاكم ، ويبقى بعد ذلك إذا زوج الولي المجنون أو المجنونة بعد إذن الحاكم زواجاً غير متكافىء أو بمهر فيه غبن ثم أفاق المجنون أو المجنونة. لم يعرض لها القانون فيرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية . كما هو الشأن في حكم ما سكت عند القانون .

ومن هنـــا كان لا بد من معرفة تلك الأحكام ولو بصورة إجمالية . وإليك البيان .

عرفنا مما سبق أن الولاية في التزويج للقاصرين صغاراً أو مختلي العقـــل تثبت للأقارب من العصبات وذوي الأرحـــام على الرأي المفتى به في مذهب الحنفية ثم من بعدهم للقاضي ، وإنما ثبتت للأقارب أولا لوفور الشفقة عندهم ورعايتهم للمصلحة ، وللقاضي ثانياً لرعايته للمصلحة دون نظر لعنصر الشفقة .

ولذلك لم تجعل للأجانب لانعدام الأمرين عندهم غالباً .

ولما كان عنصرا الشفقة والحرص على المصلحة يختلفان من ولي لآخر حسب درجة قرابته من المولى عليه اختلفت أحكام التزويج تبعاً لاختلاف الولي الذي تولاه . فقد يكون لازماً وقد يكون غير لازم ، كما يكون غير صحيح أحياناً، لهذا قسم الفقهاء الأولياء من الأقارب إلى قسمين :

الأول : الأب والجد والابن . وإن شئت قلت الأصول والفروع .

والثاني : من عداهم من فروع الأبوين وفروع الأجداد .

فان كان الولي من النوع الأول ولم يعرف بسوء الاختيار قبل العقد انعقد عقده صحيحاً نافذاً لازماً ، فلا يكون للقاصر خيار فيه بعد بلوغه أو إفاقته

حتى ولو كان التزويج بغير الكفء أو بأقل من مهر المثـل بالنسبة للأنثى ، أو بأكثر من مهر المثل بالنسبة للمجنون والصغير عند أبي حنيفـة ، لأن هذا الولي لوفور شفقته وحسن اختياره وحرصه على مصلحة المولى عليه لا بد أن يكون تغاضى عن الكفاءة والمهر المناسب لمصالح خفية تفوق ذلك . كاختيار من يحسن العشرة ولا ينتظر منه أذى ، أو من لا يشح بالإنفاق على الزوجة مثلاً .

وشرط الصاحبان للزوم العقد أن يكون بالكفء والمهر المناسب ، محافظة على المصلحة الظاهرة ، فإن كان التزويج بغير الكفء أو بغبن فاحش ، لا يكون لازماً لأنه لا مصلحة في هذا العقد .

وإن كان هذا الولي معروفاً قبل العقد بسوء الاختيار[1]. فإن زوج بالكفء والمهر المناسب لزم العقد اتفاقاً ، وإن كان بغيرهما لم يصح العقد اتفاقاً ، وقيـل إن رأى الأمام إنه صحيح غير لازم .

ومذهب الجعفرية في هذه الحالة . أن العقد موقوف على إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته سواء أكان بالكفء ومهر المثل أو بغيرها .

وإن كان الولي المزوج من النوع الثاني. فإن كان بالكفء والمهر المناسب صح العقد ونفذ ، ولا يكون لازماً على الراجح من المذهب فيثبت للمولى عليه الخيار عند زوال سبب الولاية . يدل لذلك أن النبي ﷺ لما زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة قال : « لها الولاية إذا بلغت » ، ولأن هذا النوع من الأولياء ليس كالنوع الأول في وفور شفقته وشدة حرصه على مصلحة المولى عليه ، فلا بد أن تبقى الفرصة للصغير ليتدارك بها ما قد يكون لحقه من ضرر خفي بتزويج أخيه أو أخته أو القاضي ، وقال أبو يوسف : العقد لازم لظهور المصلحة وهو مخالف

---

(١) سوء الاختيار : أن يكون فاسقاً أو مستهتراً ماجناً لا يبالي بما يصنع وما يقال له ، أو يكون سفيها طماعاً . كما يقول ابن عابدين في رد المحتار .

للحديث، وإن كان الزواج بغيرهما لم يصح اتفاقاً لتحقق الضرر مع قلة الشفقة، والحرص على مصلحة المولى عليه ، والجعفرية يرون أن عقد غير الأب والجد موقوف مطلقاً على الإجازة . إجازة الأب أو الجد إن كان موجوداً ، أو إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته إن لم يكن أحدهما موجوداً لعدم الولاية لهؤلاء .

وقت الخيار :

وإذا ثبت الخيار على مذهب الحنفية . يكون عند كمال الأهليـة بالبلوغ أو الإفاقة مع العلم بهذا الزواج فإن رضي به لزم ، وإن لم يرض به ثبت له حق فسخه ،ويتحقق الرضا من الثيب بالقول أو الفعل ، ومن البكر بهما وبالسكوت أيضاً ، وعليه إذا اختار الفسخ أن يشهد وقت علمه بعد البلوغ أو الإفاقـة على أنه لا يريد هذا الزواج فإن تأخر لا يقبل منه ذلك،والفسخ لا يكون إلا بقضاء القاضي بعد أن يرفع دعوى يطلب الفسخ . بناء على أن الذى زوجه غير أصـله وفرعه ، وأنه لم يرض بهذا الزواج ، وما دام القاضي لم يفسخ ، فالزواج قـائم بآثاره حتى لو مات أحدهما يرثه الآخر .

الفصل الثاني

في الكفاءة في الزواج

وفيه مبحثان وخاتمة

المبحث الأول في تعريفها والأمور التي تعتبر فيها :

ظهر لنا مما سبق أن الكفاءة في عقد الزواج قد تكون شرطاً لصحته في بعض الحالات ، وقد تكون شرطاً للزومه في حالات أخرى ، فما هي هذه الكفاءة وبأي شيء تتحقق ، وفي أي جانب تعتبر ، وما هو الوقت الذي تعتبر فيه ؟ وأخيراً هل في اعتبار الكفاءة منافاة لمبدأ المساواة المقرر بين الناس في الإسلام ؟

الكفاءة في اللغة : المساواة والمماثلة مطلقاً . يقال : فلان كفء لفلان أي مساو له ومماثله .

وفي اصطلاح الفقهاء أي المطلوبة في الزواج : يراد بها مساواة خاصة . وهي المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياءها من التعير والأذى ، ولقد

اختلف فقهاء المسلمين في جعلها شرطاً في الزواج ، كما أن الشارطين لها اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة، والسبب في ذلك أن القرآن لم يعرض لهذا الأمر، بل جاء فيه «إن أكرمكم عند الله أتقاكم»،والسنة جاءت موافقة له في قول رسول الله ﷺ: « ليس لعربي فضل على أعجمي إلا بالتقوى » .

فالقرآن والسنة متفقان على أنه لا فضل لأحد على غيره إلا بالدين والخلق ، غير أن رسول الله ﷺ يقول في شأن الزواج : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ، وعلى هذا الأصل أمر رسول الله ﷺ بني بياضة أن يزوجوا أبا هند وكان حجاماً ، كما أمر قوماً من الأنصار أن يزوجوا بلالاً الحبشي عند امتناعهم عن تزويجه،وزوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة من سالم الذى تبناه وهو مولى امرأة من الأنصار كما رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ومن ذلك ترى أن الأساس في الكفاءة الزوجية على عهد رسول الله ﷺ هو الدين والخلق ، وعلى هذا القدر اقتصر بعض فقهاء الصحابة والتابعين .

وهنا يبرز السؤال الآتي : هل نقتصر في اعتبار الكفاءة على هذا القدر أو يصح أن نعتبر فيها أموراً أخرى ؟

وللجواب عن هذا السؤال ينبغي أولاً أن نبين . هل الكفاءة في الزواج حق للشارع بحيث لا تسقط ولو تجاوز عنها الزوجة وأولياؤها فنقف عند هذا القدر ؟ .

أو هي حق للزوجة وأوليائها فلو تجاوزوا عنها ورضوا بغير الكفء كان الزواج صحيحاً فنعتبر أموراً أخرى مما يعتبره الناس محققاً للتقارب بين الزوجين ؟ .

جمهور الفقهاء يرون أنها حق للزوجة وأوليائها [1] . لم يخالف في ذلك ـ فيما نعلم ـ إلا الأمام أحمد في إحدى الروايتين عنه ، فقد جعلها حقاً للشارع فلا تسقط بإسقاط المرأة ووليها .

وفي الرواية الأخرى يوافق الجمهور ويجعلها حقاً للزوجة والأولياء من العصبات لأنهم يتعيرون عند الزواج بدونها .

وإذا أضفنا إلى ذلك أن الناس على عهد رسول الله ﷺ ،ما كانوا يتفاخرون إلا بالسبق في الإسلام ومنزلة الرجل فيه ، ولم يكن المال عندهم إلا وسيلة للحياة . فلم يكن بينهم تعير بفقر ولا فخر بغنى ، ومثل ذلك يقال في الحرف، وما كان الواحد منهم يأنف من أن يزوج ابنته لفقير أو صاحب حرفة بسيطة، ما دام دينه سليما وخلقه مرضياً .

وإن الزواج كما عرفناه عقد الحياة ، يربط بين الأسر ويجعل الزوج كفرد من أفراد أسرة زوجته، والناس في كل عصر تختلف عاداتهم فيما يتعيرون منه .

وأن اشتراط الكفاءة فيه لم يكن إلا وسيلة لدعمه واستقراره ليؤتى ثمرته المرجوة منه .

إذا عرفنا ذلك أمكننا أن نقول جواباً عن السؤال السابق : إنه لا مانع شرعاً من اعتبار أمور أخرى فى الكفاءة ما دامت لا تخرج عن نطاق الشريعة وأن هذه الأمور تختلف من عصر لآخر ومن بيئة لأخرى ،ومن هنا جاء اختلاف الأئمة في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة .

---

(١) يقول الأمام الشافعي في الأم ج ٥ ص ١٣ : « ليس نكاح غير الأكفاء حراماً، فأرد به النكاح وإنما هو تقصير بالمرأة والأولياء ، فإذا رضوا صح ويكون حقاً لهم تركوه ، فلو رضوا إلا واحد فله فسخه) .

فالأمام مالك في ظاهر مذهبه يعتبرها في الدين أي التدين . بأن يكون الزوج ذا دين،أي غير فاسق مع السلامة من العيوب الجسمية التي لا يمكن الحياة معها إلا بضرر ، وجعلوا الأول حقاً للزوجة والأولياء ، والثاني حقاً لها خاصة وفي قول آخر زادوا الحرية [1] . فالعبد على هذا القول ليس كفئاً للحرة . بخلاف الأول .

والأمام الشافعي يعتبرها في أمور خمسة : الدين والنسب والحرفة والحرية ، والخلو من العيوب المثبتة للخيار . كالجنون والجذام والبرص ، وقد زاد بعض أصحابه أمراً سادساً وهو المال ، والأصح عدم اعتباره ، لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أهل المروءات .

والروايات مختلفة عن الأمام أحمد . ففي بعضها تعتبر في التدين فقط . وفي أخرى تعتبر في التدين والنسب ، وفي ثالثة في الدين والنسب والحرفة .

والحنفية اعتبروها في أمور ستة . وهي النسب والإسلام والحرية والحرفة ، والمال والديانة على خلاف بينهم في بعضها .

والجعفرية اختلفت آراؤهم . فمنهم من يعتبرها في الأسلام فقط ، ومنهم من يضم إليه القدرة على النفقة ، بل منهم من يزيد النسب والحرفة [1] .

يقول صاحب الجواهر : المدار على الأسلام في النكاح ، وأن جميع فرقه التي

---

(١) واستظهر بعض المتأخرين منهم التفصيل بين العبد من الجنس الأبيض، والذي من الجنس الأسود . فجعلوا الأول كفئاً لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار . والثاني ليس كفئاً لأن النفوس تنفر منه ويقع به الذم للزوجة . راجع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٩ . وهذا كما ترى تفرقة عنصرية بسبب اللون .

(١) راجع مسائل الخلاف للطوسي ج ٢ . والأحكام الجعفرية ص ١٦ وفقة الأمام جعفر ج ٥ .

لم يثبت لها النصب والغلو أو نحو ذلك ملة واحدة يشتركون في التناكح بينهم والتوارث وغيرهما من الأحكام والحدود » .

ثم نقل عن جماعة من فقهائهم اشتراط كون الزوج قادراً على النفقة ، وبين أن أكثر الفقهاء على خلافه .

هذا ولما كان مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان بالنسبة للمسلمين السنيين،حيث يتفق قانون حقوق العائلة معه في الجملة كما صرحت المادة ـ ٤٥[1] رأينا تفصيله هنا .

١ ـ النسب : وهو انتماء الشخص إلى أصل معلوم . فإذا كانت الزوجة لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفئاً لها إلا رجل له نسب مثل نسبها ، هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية إذا كان الزوجان من العرب ، وعللوا ذلك بأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها موضع الفخر والذم فيهم ، غير أنهم لم يجعلوا العرب كلهم في درجة واحدة ، بل جعلوا قريشاً أعلاها نسباً ، فالقرشي كفء للقرشية وغيرها من العرب ، وغير القرشي كفء للعربية غير القرشية .

ومن هنا لا يكون للنسب اعتبار في الكفاءة بين غير العرب[2]، ولا يكون غير العربي كفئاً للعربية .

لكن روى عن أبي يوسف أن غير العربي إذا اشتهر بفضل العلم حتى صار

---

(١) ونصها : « يشترط في لزوم النكاح أن يكون الرجل كفئاً للمرأة في المال والحرفة وأمثال ذلك والكفاءة في المال ، أن يكون الزوج مقتدراً على إعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الزوجة ، والكفاءة في الحرفة أن تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقاربة في الشرف لتجارة ولي الزوجة أو خدمته » .

(٢) المراد من العرب هنا ، كل من انتسب إلى قبيلة عربية ، لا من يتكلم اللغة العربية. والعجم هم الذين لا ينتسبون إلى قبائل العرب ، وإن كانوا يتكلمون اللغة العربية .

مرفوع المكانة عند الناس كان كفئاً للعربية القرشية ، بل للهاشمية لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

كما روى عن الأمام الشافعي : أن الكفاءة في النسب معتبرة عند العجم فيما بينهم قياساً على اعتباره عند العرب ، لأن العلة التي من أجلها اعتبر النسب في الكفاءة عند العرب هي حفظهم أنسابهم وتفاخرهم بها ، فإذا وجد شيء من ذلك عند غيرهم اعتبر كذلك ، وعلى هذا الرأي جرى أكثر أصحابه من بعده

هذا ما قرره فقهاء الحنفية هنا . ونحن نرى أن اعتبار النسب بهذه الصورة لا يتفق ومبادىء الإسلام الذي جاء ليقضي على العصبية والتفاخر بالآباء والأجداد ويرفع الفوارق التي وضعها الناس .

فهل قرر الإسلام أن العرب باعتبار نسبهم أفضل من غير العرب ، أو أن قريشاً أفضل من العرب على الإطلاق ؟

وهل يتفق ذلك مع قول رسول الله ﷺ في خطبة الوداع : « الحمد لله الذي أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتفاخرها بآبائها ، أيها الناس إنما الناس رجلان. مؤمن تقي كريم على الله ، وفاجر شقي هين على الله ، ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى كلكم لآدم وآدم من تراب » .

الذي يلغي فيه الرسول التفاخر بالأنساب، ويحكم عليه بأنه عمل جاهلي ؟ .

وهل يتفق ذلك مع قوله : « يا بني هاشم لا يأتيني الناس بالأعمال وتأتوني بالأنساب » ! .

وهل يتفق ما وقع في عهد رسول الله ، من وقائع تزوج فيها غير العربي بالعربية ، وغير القرشي بالقرشية مع ما استند إليه فقهاء الحنفية من حديث يروي في هذا الموضوع يقول : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، بطن ببطن

والعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض » ؟

الحق أن هذا الحديث غير صحيح كما يقول نقاد الحديث ، بل إن ابن عبد البر قال عنه : « هذا حديث منكر موضوع » [1] .

٢ – **الأسلام** : وليس معناه كون الزوج مسلماً ، لأن ذلك شرط لصحة الزواج ، بل معناه أن يكون أصول الزوج مسلمين ، ويكفي في تحقق هذا إسلام أبيه وجده ، لأن تعريف الشخص تعريفاً كاملاً يكفي فيه ذكر أبيه وجده ، وعلى هذا يكون الزوج المسلم الذي له أبوان في الإسلام ، يكون كفئاً للزوجة المسلمة التي لها آباء من المسلمين .

والزوج الذي يكون له أب مسلم وليس له جد مسلم ، لا يكون كفئاً لزوجة لها آباء أو أبوين من المسلمين .

وخالف أبو يوسف في ذلك فقال : يكون كفئاً ، لأن الكفاءة في الإسلام يكفي فيها إسلام الزوج وأبيه ، بناء على أن تعريف الشخص عنده يكفي فيه ذكر الأب فقط .

والزوج الذى ليس له أب مسلم لا يكون كفئاً لزوجة لها أب أو آباء من المسلمين بالاتفاق ، ثم قالوا : إن اعتبار الكفاءة في الإسلام على هذا الوجه إنما هو في حق غير العرب ، لأنه جرى عرفهم بتفاخرهم بالإسلام ، كما تفاخر العرب بالأنساب ، وأما في حق العرب فلا يشترط ذلك ، بل إن العربي بمجرد إسلامه يكون كفئاً لمن كان لها آباء في الإسلام ، وهذا إذا تزوج بعربية مسلمة ، أما إذا تزوج بغير عربية فالظاهر أنه لا يكون كفئاً لها . إذا جرى عرف أهل الزوجة بأنهم يتعيرون بذلك .

---

(١) راجع نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ١١

٣ – الحرية : والتفصيل فيها كالتفصيل في الإسلام من أنها معتبرة عند غير العرب . فغير الحر لا يكون كفئاً للحرة ، والمعتق ليس كفئاً لمن لها أب حر ، ومن له أب حر ليس كفئاً لمن لها أبوان حران ، ومن له أبوان حران كفء لمن لها آباء من الأحرار .

وقال أبو يوسف يكفي في تحقق الكفاءة أن يكون أب واحد حر فيكون كفئاً لمن لها أبوان أو أكثر من الأحرار ، ومن له أب حر كفء لمن لها أب فقط في الحرية .

وروي عن أبي يوسف أن من أعتق وحاز فضل العلم يكون كفئاً للمرأة التي لها آباء أحرار .

وإنما كانت الحرية شرطاً في تحقق الكفاءة ، لأن الرق يجلب العار كما يجلبه وضاعة النسب ، **وأنت ترى معي أن اشتراط الحرية على هذا الوجه ليس له موضع الان ، لانتهاء الرق من زمن بعيد .**

ومن كان أصله عتيقاً أيام وجود الرق أصبح الآن له آباء من الأحرار لطول الزمن ، فلا توجد منه صور تمنع الكفاءة الآن .

٤ – الحرفة : وهي العمل الذي يزاوله الإنسان ليكسب منه رزقه ، من صناعة وتجارة وزراعة ووظيفة ، ومعنى اعتبار الحرفة في الكفاءة ، أن تكون حرفة الزوج أو أهله مقاربة لحرفة ولي الزوجة ، وليس بلازم أن يكونا متحدين ، فإذا كانت لا تقاربها بأن كانت أقل منها لا يكون كفئاً لها ، لأن الزوجة وأهلها يتعيرون بذلك ، والمرجع في ذلك إلى العرف ، وهو مختلف باختلاف الزمان والمكان .

فإذا كان العرف يعتبر هذه الحرفة دنيئة انتفت الكفاءة ، **والكفاءة معتبرة في كل الناس عربا كانوا أو غير عرب .**

واعتبار الحرفة في الكفاءة رأي أبي يوسف ومحمد . وهو الراجح المفتى به في المذهب ، لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ويتعيرون بحقارتها . ألا ترى أن صاحب الحرفة الوضيعة إذا تحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، تبقى آثار الأولى لازمة له وعارها لا يفارقه .

وذهب أبو حنيفة ومعه أبو يوسف في رواية إلى عدم اعتبارها إلا أن تكون متناهية في الحقارة كالدباغ والحجام في عصرهم ، لأن الحرف أوصاف غير لازمة ، فقد يتحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، والأيام دول لا تسير على حالة واحدة .

٥ — المال : والكفاءة في المـــال معتبرة عند سائر الناس لا فرق بين عرب وغيرهم .

وقد اتفق أئمة المذهب على أن الكفاءة في المال معتبرة ، ولكنهم اختلفوا فيما تتحقق به الكفاءة المالية . فأبو يوسف يرى أن معناها أن يكون الزوج قادراً على إيفاء الزوجة عاجل صداقها ، وعلى الأنفاق عليها مدة شهر إن لم يكن صاحب حرفة يكتسب منها كل يوم ما يكفي للأنفاق .

ويعتبر الزوج قادراً على ذلك بنفسه ، أو بقدرة أبيه أو جده أو من جرت العادة بأنهم يدفعون لهم مهورهم ويقومون بالأنفاق عليهم ، لأن المقصود حصول الدفع والأنفاق من جهة الزوج ، فإذا تحقق هذا كان الزوج كفئاً لمن فاقته في الثراء والغنى [١] .

وأبو حنيفة ومحمد يشترطان في تحقق الكفاءة المالية القدرة على المهر والنفقة والمقاربة في الثراء مع أهل الزوجة لأنهم يتعيرون بتزويج من هم أقل منهم ثراء في عرف الناس .

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٤٤٥ .

والرأي الأول هو المعتمد في المذهب ، لأن الكفاءة ... في الأمور اللازمة التي لا تزول ، والغنى غادٍ ورائح فكم من فقير أصبح من أصحاب الأموال، وكم من غني أصبح فقيراً معدماً ، ولأن تنفيذ عقد الزواج لا يتوقف على كثرة المال ما دام قادراً على المهر والنفقة .

٦ - **الديانة** : والمراد بها هنا مساواة الزوج للزوجة في الصلاح والتقوى ، فالفاسق ليس كفئاً للصالحة سواء كان أبوها صالحاً أو فاسقاً ، بل هو كفء للفاسقة وإن كان أبوها صالحاً ، لأن الأب لا يلحقه تعير من هذا الزواج ، لأن تعيره بابنته الفاسقة أشد من تعيره بزوجها الفاسق .

وإذا كانت الزوجة صالحة وأبوها فاسق ورضيت بزواج الفاسق صح زواجها وليس لأبيها حق الاعتراض ، لان الكفاءة حقها هنا وقد أسقطته .

وأئمة المذهب الحنفي مختلفون في اعتبار الديانة بهذا المعنى في الكفاءة على رأيين . رأي يشترطها وينسب إلى أبي حنيفة وأبي يوسف ، ورأي لا يشترطها وينسب لمحمد بن الحسن ، لأن الفسق والصلاح من أمور الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا ، إلا إذا كان الرجل مجاهراً بفسقه حتى يصير سخرية الناس. كالذي يسكر ويعربد في الطرقات، والذي يجاهر بمعاصيه كلعب القمار وترك الفرائض، أما إذا كان مستوراً فهو كفء للمرأة الصالحة المستقيمة .

والراجح اعتبار ذلك . لأن الصلاح من أعلى المفاخر ، والأتقياء الصالحون يعيرون بمصاهرة الفساق المستهترين ، وأن المرأة الصالحة تعير بفسق زوجها أكثر مما تعير بضعة نسبه ، ويرشد لذلك قول رسول الله ﷺ : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه». تلك هي الأمور التي اعتبرها الحنفية في تحقق الكفاءة ، ومنها نرى أنهم تشددوا فيها أكثر من غيرهم ، وهو الذي يتفق ومذهبهم من أنهم أطلقوا للمرأة البالغة العاقلة الحرية في تزويج نفسها

ووسعوا دائرة الأولياء حتى يمكن تلافي الخطر الناتج عن تزويج المرأة نفسها ، وتزويج الأولياء في بعض الحالات .

وإذا عرفنا أن النصوص لم تشترط كل هذه الأمور ، بل منها ما يتعارض معها، وإنما شرطها الفقهاء بناء على ما تعارفه الناس في زمنهم ، وأن الأساس في اشتراطها هو دفع العار عن الزوجة وأوليائها،فينبغي ألا يقف الأمر عند ما شرطوه بناء على عرفهم ، بل يدور مع ما يجد من العرف من أمور يصح اعتبار الكفاءة فيها ، كالتقارب في السن أو الثقافة ، لأن الفارق الكبير فيهما يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة .

المبحث الثاني

في أي الجانبين تشترط فيه الكفاءة ؟ وصاحب الحق فيها :

تشترط الكفاءة في جانب الرجل فقط لأمور .

أولا : أن المرأة هي التي تعير بزواج غير الكفء ، كما أن أهلها يعيرون بذلك ، أما الرجل فلا يلحقه هو ولا أسرتــه معرة بزواج امرأة لا تساويه في المنزلة ، ولو فرض وتعير بها استطاع أن يتخلص منها بالطلاق .

ثانيا : أن الرجل له القوامة على المرأة ، فسلطة التوجيه له لا لها، فلا بد من مساواته لها على الأقل حتى تتقبل منه التوجيه ، لأنه لو كان أقل منها منزلة فقد تستهين به وتأنف من تنفيذ ما يطلبه منها .

ثالثا : أن الرجل إذا كان صاحب منزلة بين الناس رفع امرأته مهما كانت درجتها ، عكس المرأة فإنها مهما علت درجتها فلن ترفع ما في زوجها من خسة ووضاعة .

ولا تشترط الكفاءة في جانب المرأة إلا في صورتين :

الأولى : إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله وفرعه أو واحد منهما ، وكان معروفاًبسوءالاختيار فإنه يشترط لصحة هذا الزواج كون الزوجة مكافئة له ، لأن الولي في هذه الحالة لا يملك من التصرف إلا ما فيه صالح المولى عليه ، والزواج بغير المكافئة لا مصلحة فيه .

الثانية : إذا وكل كامل الأهلية رجلاً وكالة مطلقة في أن يزوجه فزوجه . فإنه يشترط لنفاذ هذا العقد أن يكون الزواج بامرأة تكافئه عند الصاحبين . وهو الرأي المفتى به في المذهب الحنفي ، لأن الكفاءة في هذا الزواج ملاحظة عند التوكيل ، ولو لم يصرح بها ، لأن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة لما لجأ للتوكيل .

وأنت إذا أمعنت النظر في هاتين الصورتين وجدت أن الكفاءة لم تشترط فيهما من جهة أن مساواة المرأة للرجل شرط لصحة الزواج . بل من جهة أن المزوج وهو الولي في الصوره الاولى ، والوكيل في الصورة الثانيــة مقيد بالتزويج بمن تكافئه ، وليس له سلطان في التزويج بغير الكفء .

وقت اعتبار الكفاءة :

تعتبر الكفاءة وقت إنشاء العقد فهي شرط في ابتدائه ولا تشترط لبقائه . وعلى ذلك لو تزوج رجل امرأة وكان كفئاً لها ثم زالت كفاءته . بأن كان غنيا وافتقر ، أو كان صالحاً ثم انحرف وأصبح فاسقاً ، أو كان صاحب حرفة شريفة فاحترف غيرها أقل منها فالزواج باق لا يفسخ لزوال الكفاءة .

لأننا لو شرطناها في البقاء لتهدمت الأسر ولما استقر عقد من عقود الزواج ، لتقلب الأحوال كما هي سنة الحياة ، ولأن المرأة في هذه الحالة لا يلحقها عــار

ببقائها مع من زالت كفائته،بل قد تكون محمودة مشكورة على صبرها ورضاها بقضاء الله ، وفي عرف الناس يعد بقاؤها ورضاها وفاء، ونفورها وعدم رضاها غير ذلك .

وقانون حقوق العائلة يصرح بذلك في المادة - ٤٦ - ونصها :

« تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد فإذا زالت بعد العقد لا تؤثر عليه » .

من له حق الكفاءة :

يرى الجعفرية أن الكفاءة حق للزوجة وحدها ، فإن أسقطته سقط وليس للولي الاعتراض على زواجها من غير كفء .

وعند جمهور الفقهاء هي حق للزوجة وأوليائها ثابت لكل منهما على حدة لا يسقط إلا باسقاطه ، فلو أسقطه أحدهما بقي حق الآخر ، لكنه ثابت للولي في جميع الصور من غير استثناء ، وللزوجة إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا كانت فاقدة الأهلية وزوجهابغير الكفء ولي من أصولها أو فروعها غير معروف بسوء الاختيار فإن العقد صحيح لازم عند أبي حنيفة .

ويتفرع على ذلك الفروع الآتية :

١ - إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بدون أذن وليها من غير كفء ، فإن هذا العقد موقوف على إجازة الولي على إحدى الروايتين عند أبي حنيفة،وفاسد على الرواية المفتى بها . كما سبق بيانه .

٢ - إذا زوج الولي البالغة العاقلة بغير كفء بدون رضاها توقف ذلك على إجازتها ، لأن حقها في الكفاءة ثابت لا يسقط إلا بإسقاطها .

٣ - إذا زوجت نفسها ممن لا تعرف حاله ، ولم تشترط الكفاءة عند العقد. ثم ظهر أنه غير كفء سقط حقها بتقصيرها في البحث عنه وعدم الاشتراط وبقي حق الولي فيتوقف على إجازته .

٤ ـ إذا زوجها الولي من رجل لا تعرف كفاءته برضاها ولم تشترط هي ولا وليها الكفاءة ثم ظهر أنه غير كفء لزم العقد وسقط حقهم بتقصيرهم في البحث وعدم الاشتراط في العقد .

وعلى هذا لو شرطت هي أو وليها الكفاءة في الصورة السابقة ثم تبين أنه غير كفء كان الحق ثابتاً للشارط دون غيره .

٥ ـ إذا غرر الزوج عند العقد في الكفاءة بأن ادعى ما يثبت كفاءته ثم تبين أنه غير كفء كان الحق لها ولأوليائها سواء كانت هي التي باشرت العقد أو باشره وليها برضاها.

٦ ـ إذا غرر الزوج في النسب بأن نسب نفسه إلى عائلة أعلى من عائلته ثم ظهر كذبه ، فإن لم يكن مكافئاً لها يثبت الحق لها ولوليها ، فإن رضيت به كان لوليها حق الاعتراض وبالعكس ،فإن رضيا سقط حقهما ولزم العقد ، وإن كان كفئاً لها سقط حق الأولياء لأن حقهم في الكفاءة فقط ولم يوجد تغرير فيها وبقي حقها في الفسخ لأنها قبلت زواجه على أساس نسب معين ولم يوجد فلا تجبر على إبقاء هذا العقد ، لأن المرأة قد ترضى بالزواج ممن هو أفضل منها ولا ترضى به ممن يماثلها ، ومن هنا يدخل الخلل في رضاها الذي هو أساس صحة العقد .

وإذا كان التغرير من جانبها بأن انتسبت إلى غير أسرتها فتزوجها على ذلك ثم ظهر أنها من اسرة أخرى أقل مما انتسبت إليهما فلا خيار له ، لأنه لا يلحقه عار بزواج امرأة أقل منه ، وعلى فرض حصوله يمكنه التخلص منها بالطلاق .

ثم إن حق الكفاءة يثبت للولي العاصب القريب دون غيره من ذوي الأرحام والأم والقاضي ، فإن كان لها ولي واحد ثبت الحق له ، وإن تعددوا كان الحق للأقرب .

وعلى ذلك إذا رضي القريب بغير الكفء لم يكن للبعيد حق الاعتراض ، وإن لم يرض القريب فلا يؤثر رضا من بعده .

وإن تعددوا وكانوا متساوين كالأخوة الأشقاء أو الأعمام الأشقاء مثلاً فإن الحق يثبت لكل منهم فإن اتفقوا على الرضا بالعقد نفذ ، وإن رضي البعض بهذا العقد قبله أو عند إنشائه ولم يرض الآخرون .

فأبو حنيفة ومحمد يذهبان إلى أن رضا البعض مسقط لحق الباقين ، لأن الولاية حق لا يتجزأ ، لأن سببها القرابة وهي لا تتجزأ فيثبت الحق لكل منهم كاملاً ، وعلى هذا يكون رضا البعض بمثابة رضا الجميع كما في ولاية الأمان فإنها تثبت لكل واحد من المسلمين ولو كان امرأة ، فإذا أعطى واحد منهم الأمان لشخص من الأعداء استجار به نفذ على الجميع ، وكذلك العفو عن القصاص إذا عفا أحد الأولياء للمقتول عن القصاص سقط حق الباقين في المطالبة به .

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا البعض غير مسقط لحق الباقين ، لأنه حق مشترك فلا يسقط إلا بأسقاط الكل وذلك كالدين المشترك بين جماعة إذا تنازل بعضهم عن حقه يبقى حق الآخرين .

والراجح هو الرأي الأول . لأن الظاهر من رضا البعض أن العقد محقق للزوجة مصالح تفوق الكفاءة وهو لا يرضى إلا بعد البحث والموازنة والفرض أنه ليس متهما ، على أن الزوجة ما دامت راضية بهذا الزواج وأيدها بعض أوليائها برضاه يترجح حقها في إبقاء العقد .

والقياس على الدين المشترك غير سليم ، لأن الدين حق مالي يترتب على التنازل عنه تمليك المدين ما عليه من المال ، ومثل هذا لا يصح من صاحبه بخلاف حق الكفاءة فإن الرضا به إسقاط له وليس فيه تمليك .

وعلى الرأي الراجح سار قانون حقوق العائلة في المادة - ٤٩ - ونصها :

« رضا أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ، وكذلك رضاء الولي البعيـــد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائباً يسقط حق اعتراضه . »

خاتمة في دفع شبهة تثار حولها :

وبعد فتلك هي الكفاءة في عقد الزواج وموقف الفقهاء فيها ما بين متشدد وغير متشدد . وقد عرفنا أنها حق للزوجة ولأوليائها من العصبات إن تمسكوا بها لزمت وإن أسقطوها سقطت، وأنها إنما وجبت محافظة على الحياة الزوجية من أن يلحقها شيء يزلزلها أو يجعلها بغيضة لا تحقق الأغراض المطلوبه منها .

ولقد زعم بعض الزاعمين أن في اعتبار الكفاءة شرطاً في الزواج منافاة لما قرره الإسلام من مبـــدأ المساواة بين الناس ، لأنه يقسمهم إلى طوائف ويقيم الحواجز بينهم ويجعل منهم أكفاء وغير أكفاء ، وكان مقتضى المساواة المقررة أن يصح للرجل أن يتزوج بأي امرأة كانت .

وهذا زعم فاسد بنى على نظرة سطحية لمبادىء الإسلام أو نشأ عن دخيلة في نفس الزاعم ، لأن تقرير مبدأ التكافؤ في الإسلام لا يتعارض مع ذلك لا من قريب ولا من بعيد لأمرين .

الأول : أن الشارع الذى قرر المساواة قرر أن الناس متفاوتون في الدرجات والأرزاق . ففي القرآن الكريم آيات تدل على التفاوت . يقول سبحانه « والله فضل بعضكم على بعض في الرزق » ، النحــل / ٧٦ ويقول: « وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم » الأنعام/ ١٦٥ ويقول: « نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخريا » الزخرف / ٣٢ .

حتي أن ذلك التفصيل امتد إلى رسل الله يقول جـل شأنه : « تلك الرسل فضلنا بعضهم علي بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » البقرة / ٢٥٣.

وفي السنة يقول سول الله صلى الله عليه وسلم : « الناس معادن كمعادن الذهب والفضة » .

لأن الإسلام وهو دين الفطرة لا يمكن أن يهدر الاعتبارات الشخصية الـتي تعارفها الناس ، ففي الأثر « أنزلوا الناس منازلهم » .

وعلى ذلك تكون النصوص الواردة في المساواة مراداً بها المساواة في الحقوق والواجبات، أو جاءت للرد على من جعل من نسبه مفخرة له يحقر بها من سواه . اقرأ إن شئت قوله تعالى :

« يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » فالآية صريحة في أن اختلاف الشعوب والقبـائل لأجل أن يعرف كل واحد بانتسابه إلى قبيلته لا للتفاخر والتكبر، ثم بينت الميزان الصحيح للتفاضل وهو التقوى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » :

ومن هنا يقول رسول الله للأقربين له: «يا بني هاشم لا تجيئني الناس بالأعمال وتجيئوني بالأنساب إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

والثاني : أن عقد الزواج كغيره من العقود أساسه الرضا من الجانبين لكنه يمتاز بأنه عقد الحياة كلها يربط الأسر برباط المصاهرة وفيه استفراش الرجل للمرأة الحرة وهو نوع من الرق ففي الحديث: «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم » أي أسراء ، كما أن للرجل فيه حق القوامة التي تجعل منه الموجه للمرأة وتجعل منها المطيعة المنفذة، فهل يستقيم ذلك مع عدم تقاربها في المنزلة في المجتمع الذي يعيشان فيه ؟

وهل من المنطق السليم أن نقول للمرأة التي عاشت في يسر ورخاء مع أهلها

تزوجي رجلاً معدما فقيراً لا يملك من حطام الدنيا شيئاً غير البؤس والفاقة ؟

أو نقول لامرأة نبتت في بيئة صالحة وتربت تربية كريمة . تزوجي رجلاً فاجراً لتربط نفسها بعجلة الفجور ؟

وهل من العدل والأنصاف أن نلزم رجلاً مهذباً له مكانته في المجتمع بعقد زواج ابنته من خسيس نتيجة طيشها أو تغرير بها ؟ .

إن اشتراط الكفاءة في الزواج وجعلها حقاً للزوجة وأوليائها يجعل الحياة الزوجية تثمر أطيب الثمرات في هدوء واستقرار وبدونها لا يستقر لها قرار .

فأصل اشتراطها لا غبار عليه كما أن اعتبار ما وردت به النصوص الصحيحة فيها من الدين والخلق لا يستطيع أحد إنكاره ، وإنما الكلام فيما وراء ذلك ، ولعله نبع من أعراف الناس وعاداتهم في البيئات المختلفة للفقهاء ، والعرف له سلطانه في مثل ذلك لأنه هو الذي يكيف العار الذي يلحق الأولياء في كل عقد من عقود الزواج كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

الفصل الثالث

في الوكالة في الزواج

الوكالة في اللغة تطلق على أحد معنيين الحفظ أو الاعتماد والتفويض فى الأمر.

وفي اصطلاح الفقهاء : إقامه الشخص غيره مقام نفسه في تصرف يملكه شرعاً مما يقبل الأنابة .

فإذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه إما لعدم أهليته للتصرف أو عدم ولايته عليه لا يصح له أن ينيب غيره فيه ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

وعقد الزواج في ذاته من التصرفات التي تقبل الأنابة ، فإذا كان الشخص يملك عقده بنفسه في موضع جاز له أن يوكل غيره ليقوم بدله في إنشائه .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن يملكه . أهو كامل الأهليه من الرجال والنساء أم يقتصر ذلك على الرجال فقط ؟

فالجمهور الذين يمنعون المرأة من مباشرة عقد الزواج بنفسها يقولون : إنه لا يملك التوكيل في الزواج إلا الرجل سواء بالنسبة لنفسه أو لمن في ولايتة .

والحنفية والجعفرية الذين يجوزون للمرأة مباشرة هذا العقد بنفسها يقررون

أنه يصح التوكيل فيه للرجل والمرأة على السواء ما دام كل منهما توفرت فيه أهلية إنشائه .

فيجوز للرجل أن يوكل غيره رجلا كان أو امرأة في تزويج نفسه أو من في ولايته ، وكذلك يجوز للمرأة أن توكل غيرها رجلا كان أو امرأة في تزويجها أو في تزويج من في ولايتها [1] .

لأن الأصل المقرر في الوكالة : أن كل شخص ملك تصرفاً بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره، فلا يشترط في الوكيل إلا أن يكون أهلا للتصرف سواء كان ذكراً أو أنثى ، كما لا يشترط في الموكل إلا أن يكون مالكاً لهذا التصرف .

ولا يشترط في التوكيل أن يكون مكتوباً بل يجوز مشافهة أو كتابة ، ولا تتوقف صحته في الزواج على الأشهاد عليه ، بل يجوز بدون شهود ، لأنه ليس جزءاً من عقد الزواج المشترط فيه الأشهاد وان كان الأشهاد عليه مستحسناً حتى لا يكون عرضة للأنكار أو يحصل نزاع في صفة العاقد .

والتوكيل بالزواج قد يكون مقيداً كأن يقول الرجل لآخر : وكلتك في تزويجي بفلانة لامرأة بعينها أو يوكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمهر معين، أو تقول المرأة لرجل : وكلتك في تزويجي من فلان أو بمهر معين أو ما شاكل ذلك .

وقد يكون مطلقاً كأن يقول : وكلتك في أن تزوجني دون أن يعين له

(١) يلاحظ أن الشطر الأخير على مذهب الحنفية بناء على أن المرأة لها ولاية في الزواج سبق بيانه ، أما الجعفرية فيقصرون توكيلها على تزويج نفسها لأنها لا ولاية لها في الزواج على غيرها .

امرأة أو مهراً ، أو تقول لرجل : وكلتك في أن تزوجني دون أن تزيد علــى ذلك شيئاً .

ومن هنا تتوعت الوكالة إلى نوعين مقيدة ومطلقه .

أما الوكالة المقيدة : فأما أن تكون من جانب الرجل أو من جانب المرأة. فإن كانت من جانب الرجل ولم يخالف الوكيل مقتضى الوكالة فزوجه بالمرأه التي عينها وبالمهر الذي حدده نفذ العقد ولزم الموكل ، لأنه ملك الوكيل تصرفا معيناً فأتى به حسبما رسمه له .

وإن خالف فزوجه بامرأة غير التي عينها أو من أسرة أخرى غير التي عينها أو بمهر أكثر مما حدده توقف العقد على إجازة الموكل . إن أجازة نفذ وإن لم يجزه بطل ، لأنه بمخالفته خرج عن مقتضى الوكالة فيكون فضولياً ، وعقـد الفضولي عند الحنفية موقوف على إجازة صاحب الشأن .

وفي حالة تزويجه بأكثر من المهر يتوقف ولو تعهد الوكيل بـدفع الزيادة ، لأن الموكل قد لا يرضى بهذا التعهد لما فيه من المنه ،والأنسان الحر لا يرضى بمنه غيره عليه وبخاصة في مهر زوجته .

أما إذا زوجه بأقل من المهر الذي عينه فإنه لا يتوقف العقد على إجـازته لأن المخالفة هنا صورية حيث فيها خير للموكل ، لأن من يرضى التزوج بالكثير يرضى به بالقليل .

وإن كانت الوكالة من جانب المرأة بأن وكلت غيرها في تزويجـها بشخص معين أو بمهر معين فزوجها بمن عينته وبما حددته من المهر فإن كان الزوج كفئاً والمهر مهر المثل نفذ العقد ولزم سواء كان لها ولي عاصب أو لا .

وإن كان الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل ، فإن لم يكن لها ولي

عاصب نفذ الزواج ولزم دون توقف على شيء ، لأن الكفاءة والمهر المماثل حقهم وحدهما وقد أسقطتها . والوكيل لم يخالف ما رسمته له .

وإن كان لها ولي عاصب لا يصح العقد في حالة عدم كفاءة الزوج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها بغير الكفء على الرأي المفتى في مـذهب الحنفيه ، وإذا كانت لا تملكه لا يملكه الوكيل ، وفي حالة نقصان المهر يلزم العقد في جانبها ولا يلزم وليها فله طلب تكميل المهر فإن لم يفعل الزوج كان له الحق في طلب فسخه كما سبق بيانه .

وإن خالف مقتضى الوكالة بأن زوجها من غير من عينته أو بأقل من المهر الذي حددته توقف العقد على إجازتها حتى ولو كان الزوج كفئاً ، لأنه خرج عن مقتضى الوكالة . إذ المرأة أحياناً ترغب في الزواج بمن هو أعلى منها ولا ترضى بزواج من يساويها .

فان ردته بطل ، وإن أجازته لزم في حقها وحق الولي إن كان الزوج كفئاً والمهر مهر المثل ، وإن كان الزوج غير كفء بطل رغم إجازتها ، لأنها لا تملك ذلك كما قلنا ، وإن كان كفئاً والمهر أقل من مهر المثل لزم في جانبها دون جانب الولي . فله حق الاعتراض كما سبق .

وأما الوكالة المطلقة . وهي التي لم تقيد بزوج ولا بمهر معين . فإن كان الموكل الرجل فأبو حنيفة والجعفرية لا يقيدون هذه الوكالة بشيء ، فإذا زوجه الوكيل بأي امرأة وبأي مهر لزمه العقد سواء كانت المرأة مكافئة له أولاً . سليمة أو معيبة بمهر المثل أو بأكثر منه لأن هذا هو مقتضى الأطلاق ، وليس في كلامه ما يفيد التقييد بشيء حتى يكون الوكيل مخالفاً .

وابو يوسف ومحمد يذهبان إلى أن العقد لا يلزمه إلا إذا كانت المرأة سليمة من العيوب مكافئة له وبمهر المثل أو يزيد قليلا مما يتساهل فيه الناس ، فإن كان

بغير ذلك توقف على إجازته .

ووجه هذا الرأي أن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امـــرأة وبأي مهر لفعل ذلك بنفسه ولما لجأ إلى التوكيل ، فعدوله عن ذلك واستعانته بالوكيل الذي جعله موضع ثقته يدل على أنه لا يقصد الزواج بأي امرأة وإنما يقصد الزواج بامرأة مختارة مكافئة سليمة من العيوب بالمهر الذي تعارفه الناس وهو مهر أمثاله وهو وان لم يقيد توكيله صراحة إلا أن العرف يقيدها ، والناس تعارفوا التزوج بالمرأة السليمة المكافئة وبمهر المثل ، ومن القواعد المقررة « المعروف عرفـــاً كالمشروط شرطاً » .

وبهذا يترجح رأي الصاحبين . وهو الذي يجري عليه العمل بمصر وكذلك في لبنان بالنسبة للمسلمين السنيين حيث لم يعرض قانون حقوق العائـــلة لهذه المسألة .

وإن كان التوكيل من جانب المرأة فقد يكون الموكل وليها ، وقـد تكون هي نفسها إذا كانت بالغة عاقلة. ففي صورة توكيل الولي يملك الوكيل ما يملكه الولي من التزويج ، لأن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل فإن ملك التزويـــج بغير الكفء وبأقل من مهر المثل نفذ تزويج الوكيل بهذا .

وإن كان الولي لا يملك إلا التزويج بالكفء وبمهر المثل تقيد الوكيل بذلك وقد سبق مفصلاً في بحث الولاية ، وفي صورة توكيلها فإن كان لها ولي عاصب تقيد تزويج الوكيل بالكفء بالاتفاق ، فإن زوجها بغير الكفء كان الزواج غير غير صحيح لأنها لو فعلت ذلك بنفسها كان زواجها غير صحـــيح على الرأي المفتى به .

وإن لم يكن لها ولي عاصب وزوجها بغير الكفء كان الزواج موقوفاً على إجازتها بالاتفاق .

أما عند الصاحبين فظاهر لأنهما يقيدان الوكالة المطلقة من جانب الرجل بذلك عملا بالعرف وهذه مثلها ، وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقيدها في جانب الرجل لكنه يقيدها هنا ، لأن الرجل لا يتعير إذا تزوج بمن لا تكافئه بخلاف المرأة فأنها تتعير بزواجها بغير الكفء .

وكذلك تتقيد وكالته بالتزويج بمهر المثل عند الصاحبين ، فلو زوجها بأقل منه مما لا يتسامح الناس فيه كان الزواج موقوفاً على إجازتها .

وأبو حنيفة يقول : إن كان لها ولي عاصب كان العقد غير لازم بالنسبة للولي فله حق الاعتراض حتى يكمل المهر أو يفسخ العقد، وإن لم يكن لها ولي عاصب صح العقد ولزم لأن هذا مقتضى الأطلاق .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا : أنه ليس للوكيل في الوكالة المطلقة أن يزوج من نفسه ولا من هو في ولايته باتفاق الحنفية ، لأن التوكيل يقتضي أن يكون طرف الزواج الآخر أجنبياً غير معلوم والوكيل ومن في ولايته معلومون ، فلو كانت الموكلة تقصد ذلك لصرحت به أو لزوجته بنفسها من غير توكيل ، فإن فعل لا ينفذ العقد عليها بل يتوقف على إجازتها .

وليس له أن يزوجها من لا تقبل شهادتهم له وهم أصله كأبيه وجده وفرعه كابنه وابن ابنه عند أبي حنيفة لوجود تهمة المحاباة ، وموضع التهمة مستثنى من عقد الوكالة المطلقة .

وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك وينفذ العقد إذا كان كفئاً وبمهر المثل لانتفاء التهمة في هذه الحالة فإن كان غير ذلك توقف العقد على إجازتها لوجود التهمة

والجعفرية يقولون : لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح ونفذ إذا لم تقيد الوكالة بالأجنبي منه فإن قيدتها بذلك لم يملك هذا التزويج .

ولو كان الموكل رجلا فليس للوكيل أن يزوجه بابنته الصغيرة أو بصغيرة أخرى تحت ولايته كأخته وبنت أخيه ، لأنه يملك تزويج هؤلاء جبراً عنهم فيكون عاملا لنفسه بالوكالة والوكيل يعمل لغيره لا لنفسه ، فيتوقف العقد على إجازة الموكل اتفاقاً .

أما إذا زوجه بنته الكبيرة لا ينفذ عند أبي حنيفة لوجود التهمة بسبب البنوة بل يتوقف على إجازته .

وينفذ عند الصاحبين لأنه ليس عليها ولاية إجبارية فلا يستطيع أن يستبد بالعقد عليها فتكون كالأجنبية .

هل للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به ؟

جواز ذلك وعدمه يتوقف على صيغة التوكيل . فإذا أطلق له الموكل في توكيله بأن قال له : وكلتك في زواجي ولك أن توكل من تشاء، أو قال : فوضت أمر زواجي إلى رأيك . ففي هذه الحالة يملك الوكيل توكيل غيره ، ويكون الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل الأصلي ، فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا ينعزل بعزله، لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها ، أما إذا لم يطلق في وكالته فليس له أن يوكل غيره، لأن ولاية الوكيل مستمدة من الموكل فالولاية له وحده دون غيره . حيث رضي الموكل رأيه هو دون سواه ، فإن فعل وتولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل الأصلي ، لأن متوليه في هذه الحالة فضولي .

حكم الوكالة :

الوكيل في عقد الزواج سفير ومعبر عن الموكل ولذلك لا بد من أن يضيف العقد إلى موكله فلا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ولا يضمن شيئاً من ذلك إلا إذا تكفل به ، وحينئذ تكون الحقوق راجعة إليه باعتباره كفيلا .

لا باعتباره وكيلا .

وليس للوكيل عن الزوجة أن يقبض مهرها إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، فلو سلم الزوج المهر اليه ولم يكن مأذوناً في قبضه ولم ترض الزوجة بهذا القبض لا تبرأ ذمة الزوج منه ولها المطالبة به .

أما إذا كان مأذوناً بذلك فإن ذمة الزوج تبرأ منه وليس لها حق المطالبة به بعد ذلك .

ومن الأذن بالقبض دلاله . أن يقبض الأب أو الجد مهر البكر الرشيدة وتسكت عن المطالبة به عند العقد فان هذا السكوت يعتبر إذناً بالقبض فتبرأ ذمة الزوج به ، لأن العادة جرت بأن يقبض الآباء مهور بناتهم الأبكار والجد مثل الأب في ذلك .

أما إذا كانت ثيباً أو كان الوكيل غير الأب والجد فإن السكوت لا يعتبر رضا بل لا بد من الأذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم المهر للوكيل .

الباب الخامس

في أحكام عقد الزواج

وفيه فصول

تمهيد : نريد بالحكم هنا [1] الآثار التي يرتبها الشارع على العقد بعد وجوده وهي كثيرة كحل الدخول بالزوجة ،ووجوب المهر والنفقة والعدة بعد انتهائه، وثبوت نسب الولد الناتج عنه وغير ذلك، ويسميها الفقهاء بالحقوق الزوجية . وهذه الحقوق لا يرتبها الشارع كلها إلا على الزواج الصحيح النافذة،فإذا كان العقد غير ذلك فقد لا يثبت شيء منها ، وقد يثبت بعضها لكن لا باعتبار أنه عقد شرعي بل باعتبار أنه أمر واقع يستتبع نزاعاً بين المتعاقدين ، أو كما يقول بعض الفقهاء : إن بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت النسب ترتبت على الدخول بشبهة العقد ولم تترتب على العقد حيث لا وجود له في نظر الشارع .

ومن هنا قسم الفقهاء عقد الزواج إلى خمسة أقسام تبعاً لاستيفائه أركانه وشروطه السابقة كلها أو بعضها أو عدم استيفائه لشيء منها وهي :

١ – الزواج الباطل – ٢ – الفاسد – ٣ – الصحيح الموقوف – ٤ – النافذ غير اللازم – ٥ – اللازم .

---

(١) للحكم عند الفقهاء معنيان آخران . أحدهما بمعنى صفته الشرعية من كونه فرضاً أو مندوبا أو حراما حسب أحوال الرجل والمرأة وهو بالنظر إلى طلب الشارع له أو طلب تركه وقد قدمناه .وثانيهما باعتبار اعتداد الشارع وترتيب آثاره عليه أو عدم اعتداده به من كونه صحيحاً أو غيره صحيح باطل أو فاسد وهو مرتبط بالمعنى الذي نتكلم عليه هنا

الفصل الأول

في انواع الزواج غير اللازم

وفيه مباحث

المبحث الأول

في الزواج الباطل (١)

وهو الذي اختل فيه أمر أساسي أوفقد شرطا من شروط الانعقاد. كزواج

---

(١) جرينا في هذا التقسيم على رأي فريق من فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين باطل الزواج وفاسده وهو ما اخترناه فيما سبق . وأما الذين لا يفرقون بينهما فقد جعلوا الأقسام أربعة فقط ، وهذا الخلاف نشأ من أن عقد الزواج وسط بين العبادات والمعاملات ففيه شبه من كل منهما أو هو خليط منهما، فمن لم يعرف بينهما غلب جانب العبادة فألحقه بالعبادات التي يتحد فيها الباطل والفاسد ، ومن فرق بينهما غلب الجانب الآخر فألحقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل عن الفاسد.

وقد اخترنا رأى المفرقين بينهما لأن المتتبع لصور الزواج غير الصحيح يجدها في واقعها تتنوع إلى نوعين . نوع لا يترتب عليه أي اثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة فيه ، ونوع يترتب عليه بعض الآثار إذا تبعه الدخول .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بينهما في الاسم فنسمي الذي لايترتب عليه أي اثر بالباطل . والذى يترتب عليه بعض الأثار بالفاسد وكل منهما وإن لحقه الخلل الا انه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في أمر أساسي أو فقد شرطا من شروط الانعقاد يكون باطلا لأن هذا الخلل ينعدم معه العقد حقيقة أوحكما مع وجود صورته وما أصابه الخلل في شرط من شروط صحته يكون فاسدا لأن العقد مع هذا الخلل موجود حقيقة وحكما لكنه غير صالح لترتيب الأثار عليه في ذاته فإذا أعقبه دخول ترتبت عليه بعض الأثار .

فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه ، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريما لايشتبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم كالعقد على إحدى محارمه أو زوجة الغير ، وتزوج غير المسلم بالمسلمة [1] لعدم محلية المرأة فيها

حكمه : الزواج الباطل لايترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ، لأن وجوده كعدمه ، فلايحل به الدخول ، ولا يجب به مهر ولانفقة ولا طاعة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا يثبت به نسب ، ولا عدة فيه بعد المفارقة ، ولا يثبت به توارث ولاحرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنى كما سبق بيانه .

وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراما ويجب عليهما الافتراق ، فأن لم يفترقا فرق القاضي بينهما ، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي . وعلى القاضي أن يفرق بينهما لأن هذا الدخول زنى وهو معصية كبيرة يجب رفعها .

والفقهاء لم يختلفوا في أنه زنى ولكن اختلافهم في وجوب الحد به . فالأئمة مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف ومحمد يذهبون إلى أنه موجب لحد الزنى متى كان الفاعل عاقلا عالما بالتحريم .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يوجب الحد ، لأن صورة العقد شبهه تكفي لأن يدرأ بها الحد عنه ، ومع ذلك لم يعفه من العقوبة بل قال إنه يعزر أشد أنواع التعزير لقبح فعله .

وإذا سقط عنه الحد وجب عليه مهر المثل بالغا مابلغ ، [2] لأن الدخول بالمرأه في الأسلام لا يخلو من حد أو مهر وهو مراد الفقهاء بقولهم : الدخول

---

(١) ومع بطلان عقد غير المسلم على المسلمة يعاقب كل منهما إذا كان يعلمان به . ولا يعد الرجل ناقضا للعهد إذا كان ذميا . ويرى الأمام مالك إنه يستحق القتل لأنه خالف ما التزمه بعقد الذمة للذي يوجب عليه ألا يخالف الأحكام الأسلامية العامة .

(٢) يقول قاضيخان في فتاويه : « لو تزوج محرمه لاحد عليه في قول أبي حنيفه وعليه مهر

لايخلو من عَقر او عُقر، ولاتجب العدة بعد التفريق ، لأنـــه لاعدة في الزنى حيث إنها تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط ، ولايثبت بهذا العقد نسب يحافظ عليه .

وذهب الجعفرية إلى أن الدخول زني لاشبهة فيه فيجب به الحد إذا لم تكن المدخول بها محرما فان كانت محرما استحق القتل [١] .

هذا وقد اتفق الفقهاء فيما إذا دخل بمن تزوجها وهو جاهل بأنها محرمة عليه على انه لا يحد ويلزمه مهرها بهذا الدخول لأنـــه لابد من أحد أمرين الحد أو المهر وحيث لاحد وجب مهر المثل

المبحث الثاني

في الزواج الفاسد

وهو الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وشروط انعقاده. كالزواج بغير شهود عند من يشترط الشهادة، والزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقته طلاقا بائنا في عدتها لأنه مختلف في حرمته ، وكتزوجه بـامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع وهـــو لايعلم بحرمتها بناء على إخبار الناس بأنـه لايوجد بينهما صلة محرمة ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة عليه .
حكمه : أنه لا يحل به الدخول بالمرأة ولا يترتب عليه في ذاتـه شيء من آثار

= المثل بالغا ما بلغ وهذا يدل على أن هذا الزواج باطل عند أبي حنيفه . لأنه لوكان فاسدا لوجب الأقل من المسمى ومهر المثل كما هو الشأن في الزواج الفاسد عند وجود التسمية فـإن لم تكن وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ .

(١) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٧٥ .

الزوجية . فإن حصل بعده دخول حقيقي [1] بالمرأة كان معصية يجب رفعها بالتفريق بينهما جبراً إن لم يفترقا باختيارهما ، ويترتب على ذلك الدخول الآثار الآتية :

١ ـ لا يقام على الرجل والمرأة حد الزنى بالاتفاق لوجود الشبهة الدارئة للحد عنهما .

٢ ـ يجب على الرجل مهر المثل بالغاً ما بلغ إن لم يكن سمي للمرأة مهراً عند العقد أو بعده ، فإن كان سمى لها مهراً وجب عليه الأقل من المسمى ومهر المثل. ويرى زفر أنه يجب مهر المثل في الحالتين لفساد التسمية بفساد العقد .

٣ ـ تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة كما سبق بيانه .

٤ ـ تجب به العدة على المرأة من وقت افتراقهما أو وقت تفريق القاضي، وهذه العدة عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إذا لم تكن حاملاً حتى في حالة وفاة الرجل ، لأن عدة الوفاة المقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام لا تكون إلا بعد زواج صحيح ، ولا تجب لها نفقة في هذه العدة .

٥ ـ يثبت نسب الولد إن وجد محافظة عليه من الضياع .

أما غير ذلك من الأحكام فلا توارث فيه إذا مات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما ، ولا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى ، كما لا تجب عليها الطاعة للزوج ، ولا يقع به طلاق على المرأة .

وقانون حقوق العائلة يتفق مع ذلك التقسيم في الجملة حيث جعل من الزواج

---

(١) قيدنا الدخول بالحقيقي لأن الخلوة هنا ولو كانت صحيحة لا تقوم مقام الدخول فلا يترتب عليها أي أثر بخلاف الخلوة بعد العقد الصحيح فإنها تقوم مقام الدخول فيترتب عليها بعض أحكام الدخول كما سيأتي تفصيله إن شاء الله .

غير الصحيح فاسداً وباطلاً في المواد من ٥٢ - ٥٨ وإن كان خص البطلان بتزوج غير المسلم بالمسلمة وما عداها وصفها بالفساد ، وفي المادة ٥٧ يصرح بأن الزواج الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فلا تثبت به أحكام الزواج الصحيح سواء حصلت المقاربة «الدخول» أم لا، وأن الزواج الفاسد قبل المقاربة لا يفيد شيئاً كما صرحت المادة - ٧٦ بأن المقاربة فيـــه يلزم بها المهر والعدة ويثبت بها النسب وحرمة المصاهرة ولا تثبت النفقة والتوارث وبقية الأحكام .

والمادة - ٧٧ - تقرر أن كلا من الفاسد والباطل ممنوع بقاؤه مطلقـــاً وإذا لم يفترقا نفرق بينهما بالمحاكمة .

المبحث الثالث

في الزواج الموقوف

هو ما فقد فيه شرط النفاد بأن باشره من ليست له ولاية شرعية على إنشائه بأن كان ناقص الأهلية أو كاملها ولم تكن له صفة تجيز له إنشاء العقد من أصالة أو ولاية أو وكالة. كتزوج الصغير المميز بدون أذن وليه فإنه صحيح موقوف على إجازة من له الولاية عليه إلا إذا استمر العقد بدون إجازة أو رد إلى حين بلوغه. فإن الإجازة تنتقل إليه إن أجازة نفذ وإن لم يجزه بطل ، وكعقد الفضولي وهو من يعقد لغيره بدون ولاية أو وكالة .

حكمه : الزواج الموقوف - رغم صحته - لا يترتب عليه أي أثر مع آثار الزواج إلا بعد إجازته أو الدخول الحقيقي بعده .

فإذا أجيز ترتيب عليه جميع الآثار الـــتي رتبها الشارع عليه ، وإذا دخل بالمرأة قبل الإجازة ترتبب عليه الآثار التي تترتب على العقد الفاسد دون

غيرها ، فلا يحل به دخول ، ولا تجب بـــه طاعة ولا مهر ولا نفقة ولا حرمة المصاهرة إلا على رأي من يثبتها بالزنى ، ولا يقع فيه طلاق ولا توارث إذا مات أحدهما قبل الإجازة .

وبهذا يعلم أن حكم الزواج الموقوف قبل إجازته كحكم الزواج الفاسد في أن كلا منهما لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، وأما بعده فيترتب عليهما بعض الآثار .

ولا فرق بينهما إلا أن الفاسد لا يقر بحال من الأحوال ولا يلحقه تصحيح ، أما الموقوف فتلحقه الإجازة ولو بعد الدخول فيصير نافذاً تترتب عليه كل آثار الزوجية من وقت ابتـداء العقد ، لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت إنشائه فينقلب نافذاً من وقت إنشائه ، وإن لم يجزه من له الولاية كان ذلك إبطالاً له من مبدئه .

وهذا وليلاحظ أنـــه إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف بعد رده وبعد علمـــه بالرد يكون فعله زنى لا شبهة فيه فيترتب عليه ما يترتب على العقد الباطل .

المبحث الرابـع

في الزواج النافذ غير اللازم

هو العقد الذي استوفى أركانه وشروطه كلها مع بقاء حق الاعتراض لغير العاقد عليه وطلبه فسخه كتزويج البالغة العاقلة نفسها بغير كفء أو بأقل من مهر مثلها ، فإن للولي العاصب حق الاعتراض على هذا الزواج بطلب فسخه كما تقدم بيانه .

وحكم هذا الزواج أنــــه يترتب عليه الآثار من حل الدخول . ووجوب النفقة والكسوة والسكنى للزوجة ما لم تمتنع عن الدخول في طاعته بغير حق . وتثبت به حرمة المصاهرة فيحرم على الزوجة أصول الزوج وفروعه كما يحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها ويثبت به حق التوارث إذا مات أحدهما قبل القضاء بفسخه ولو كان قبل الدخول ، كما يثبت به نسب الأولاد للزوج .

ويجب به المهر ديناً في ذمــة الزوج بمجرد العقد لكنه عرضة للتنصيف أو السقوط ، فإذا فسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر سواء كان الفسخ من قبل الزوج أو الزوجة ، لأن الفسخ هنا يكون نقضاً للعقــد من أساسه ، وحيث انتقض العقد لم يبق موجب للمهر ، لأن الموجب له إما العقد أو الدخول أو الخلوة الصحيحة كما سيأتي تفصيله في بحث المهر .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنه يجب كل المهر وعليها العدة ولهــا النفقة وغيرها ، وإذا طلقها قبل الفسخ والدخول كان لها نصف المهر المسمى .

الفصل الثاني

في الزواج اللازم وما يوجبه من حقوق غير مالية

وفيه مباحث

تمهيد : الزواج اللازم هو المستوفي لأركانه وشروطه كلها بحيث لا يبقى لأحد حق الاعتراض عليه وطلب فسخه، وحكمه أنه يترتب عليه الآثار التي رتبها الشارع عليه بلا استثناء فهو كالنافذ في ذلك بل هو أقوى أنواع الزواج لأنه ليس لأحد حق الاعتراض عليه كما لا يملك أحد من العاقدين فسخه .

هذا إجمال لآثار الزواج أو الحقوق الزوجية التي رتبها الشارع عليه ولتفصيلها نقول :

إن عقد الزواج إذا تم يوجب حقوقاً للزوجين. وهذه الحقوق بعضها مشترك بينهما ، وبعضها يخص الزوج، وبعضها يخص الزوجة.

المبحث الأول

في الحقوق المشتركة بين الزوجين

أولا : حق الاستمتاع وهو أن يحل لكل واحد منهما أن يتمتع بالآخر في الحدود التي رسمها الشارع ، فعلى كل منهما أن يجيب رغبة

الآخر ولا يمتنع منه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كحيض لقوله تعالى يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله « البقرة/٢٢٢» ويلحق به النفاس وكذلك المرض الشديد .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على الزوج أن يعف زوجته من الناحية الجنسية حتى لا تقع في الحرام متى كان قادراً على ذلك ، وأن هذا الواجب من جهة الديانة أي فيما بينه وبين الله تعالى ، فيحرم عليه أن يشتغل عنها بعمل أو عبادة كل وقته لأنه يعرضها بذلك للفتنة .

فقد روى أن زوجة عبدالله بن عمرو بن العاص شكته إلى رسول الله بأنه يصوم النهار ويقوم الليل فأرسل إليه النبي ﷺ فلما حضر قال له : « يا عبدالله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ فقال : بلى يا رسول الله فقال له : « لا تفعل ذلك صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقاً وإن لزوجك عليك حقاً » .

وروى أن امرأة رفعت أمر زوجها إلى عمر رضي الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل ، فقال عمر : ما أحسنك ثناء على بعلك ، فقال كعب : يا أمير المؤمنين: إنها تشكو إليك زوجها ، فقال عمر : وكيف ذلك؟ . فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها ، فقال عمر لكعب أحكم بينهما ، فقال : أراها إحدى نسائه الأربع يفطر لها يوماً ويصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر وولاه قضاء البصرة [1].

ثانيا : حسن المعاشرة . فكل من الزوجين مطالب بإحسان العشرة على معنى أن يسعى كل منهما إلى ما يرضى الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأي والتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يجلب الشقاق والنزاع

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٣٣٣

لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » النساء / ١٩ وقوله « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » البقرة / ٢٢٨ ، فإذا فعلا ذلك تحقق بينهما السكن وتوفرت المودة ،وكان الزواج رحمة لهما كما أخبر المولى سبحانه في قوله « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » الروم / ٢١ .

ثالثا : حرمة المصاهرة . فيحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته وفروعها كما يحرم عليها التزوج بأصوله وفروعه وقد سبق تفصيل ذلك .

وحرمة المصاهرة وإن كانت في ظاهرها حق الشارع ، لأنها حكم من أحكامه إلا أن ثمرتها تعود على الزوجين على السواء ، لأن ثبوتها يدفع الأذى عنهما فيما لو أبيح لكل منهما أن يتزوج بأقرب الناس إلى الآخر بعد فصم عرى الزوجية بينهما ، وقد أشرنا إلى ذلك عند الكلام على حكمة التحريم بالمصاهرة .

رابعا : ثبوت التوارث بينهما بأن يرث كل منهما الآخر بعد وفاته ولو كانت قبل الدخول ما لم يوجد مانع يمنع منه ، وذلك لأن عقد الزواج لما أحل المتعة والعشرة بينهما فقد أوجد صلة تربط بينهما كصلة القرابة فتبع ذلك ثبوت التوارث لهذه الصلة .

المبحث الثاني

في حقوق الزوج

يثبت للزوج أولا : حق الطاعة على زوجته في كل ما هو من آثار الزواج

إلا ما كان فيه معصية لله [١] فمتى أوفى الزوج زوجته حقوقها الواجبة عليه بأن دفع إليها مهرها أو مقدار ما اتفقا على تعجيله منه وأعد لها المسكن اللائق بها وكان أميناً عليها وجب عليها الدخول في طاعته فتقيم معه حيث يعيش وتمكنه من نفسها ، فإذا امتنعت بعد ذلك عن الدخول في طاعته كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة كما سيأتي بيانه :

وقد نص قانون حقوق العائلة في المادة ـ ٧٣ على أن الزوجة مجبورة على إطاعة زوجها في الأمور المباحة « والماده ـ ٧١ ـ تقول : تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل على الإقامة في بيت زوجها إذا كان مسكناً شرعياً وكذا على الذهاب معه إذا أراد الزوج الذهاب إلى بلدة أخرى إذا لم يوجد مانع » .

ووجوب الطاعة في الحقيقة من تتمة التعاون بين الزوجين ،ذلك لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع فإن كانت سليمة كان المجتمع سليماً ،ولا تستقيم حياة أي جماعة إلا إذا كان لها رئيس يدير شئونها ويحافظ على كيانها ، ولا توجد هذه الرياسة إلا إذا كان الرئيس مطاعاً ، وهذه الرياسة لم توضع بيد الرجل مجاناً ، بل دفع ثمنها لأنه مكلف بالسعي على أرزاق الأسرة والجهاد من أجلها مع ما في تكوينه وطبيعته من الاستعداد لها ، يقول سبحانه : «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » .

فهذا الجزء من الآية يثبت للزوج على زوجته حق الطاعة لأنه جعله قيماً عليها ولا قوامة بدون طاعة من الطرف الآخر ، وقد ورد عن رسول الله أحاديث

---

(١) فلو أمرها بما نهى الشارع عنه كشرب الخمر ولعب الميسر ومجالسة الرجال الأجانب أو الخروج بشكل غير لائق شرعا أو ترك الصلاة والصيام فلا يجب عليها الامتثال بل يجب عليها مخالفته لحديث « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .

كثيرة تحض المرأة على طاعة زوجها .

منها مـا روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله فقالت : إني رسول النساء إليك وما منهن إلا وهي تهوي مخرجي إليك ، الله رب الرجال والنساء وألههن وأن رسول الله إلى الرجال والنساء ، كتب الله الجهاد على الرجال فإن أصابوا أثروا وإن استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون فما يعدل ذلك من أعمالهن من الطاعة ؟ فقال لها الرسول عليه الصلاة والسلام « طاعة أزواجهن والمعرفـة بحقوقهم وقليل منكن من تفعله » .

هذا وقوامة الرجل على المرأة فيما يتعلق بالحياة الزوجية فليس له الحق في التدخل في شئونها المالية، لأن الولاية لها في ذلك ما دامت كاملة الأهلية، فإن كانت أهليتها قاصرة فالولاية لوليها المالي كأبيها أو جدها أو من يقوم مقامهما .

ويتبع حق الطاعة حق آخر وهو حق القرار في البيت لا تبرحه إلا بإذنه وليس قرارها في البيت غبنا لهـا أو سجناً لها كما فهمه قصار النظر وإنما هو إعانة لها على أداء وظيفتها التي خلقت لها وهي التفرغ لتربية الأولاد في مبدأ حياتهم ليحيوا حياة سليمة ، ومن قبل ذلك محافظة عليها من الفتنة والفساد ، وليس معنى هـذا أن تظل حبيسة البيت لا تخرج منه أبداً كما فهمه بعض الناس خطأ ، لأنه ليس حقاً من حقوق الله حتى يكون لازماً بل هو حق للزوج إن شاء الله تمسك بـه وإن شاء تنازل عنه وأذن لها بالخروج ما لم يترتب على خروجها مفسدة فيتحتم المنع محافظة على حرمات الله .

على أن حق المنع ثابت له بشرط أن يكون أوفاها حقوقها ، وألا يكون لخروجها مسوغ شرعي كأداء فريضة الحج بشرط أن يكون سفرهـا مع ذوي رحم محرم منها ، وزيارة أبويها ومحارمها من أخوتها وأعمامها وغيرهم .

فإن وجد المسوغ الشرعي لخروجها ولم يأذن لها ، كان لها الخروج بدون إذنه

فتزور والديها كل أسبوع مرة ، ومحارمها كل سنة ،وقيل كل شهر كما يقرره فقهاء الحنفية ، وقيد أبو يوسف ذلك بعدم قدرتهم على المجيء إليها .

ويرى الجعفرية: أنها تخرج لزيارة والديها ومحارمها حتى لا يتحقق منها العقوق والقطيعة دون تقيد بزمان محدد، لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال.

وإذا مرض أبوها وليس له من يقوم بتمريضه غيرها كان لها أن تذهب إليه لتقوم بتمريضه ولو لم يرض الزوج ، ولا تكون بذلك خارجة عن طاعته ، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند تعارضهما ، حتى ولو كان الأب غير مسلم .

وعلى الزوجة بعد طاعة زوجها وقرارها في بيته، أن تكون أمينة على سره حافظة لماله وشرفه فتبتعد عن مواطن الشبهات ، فلا تدخل بيتها من لا يرضى زوجها عنه ، ولا تطيع فيه أحداً لقول رسول الله ﷺ :« لا يحل لامرأة تؤمن بالله أن تأذن في بيت زوجها وهو كاره ، ولا تطيع فيه أحداً ولا تعتزل فراشه ولا تضر به »[1] .

ثانيا : ولاية التأديب .

إذا كانت الزوجة مطيعة لزوجها محافظة على حقوقه فلا سبيل له عليها ، أما إذا خرجت عن الطاعة وخالفته فيما يجب عليها ، كان له عليها ولاية التأديب

---

(١) أما عمل البيت من كنس وغسل وطبخ ، فهو واجب عليها ديانة لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قسم العمل بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل عليها العمل في البيت وعليه العمل خارجه ، أما أنها تجبر عليه قضاء ففيه التفصيل الآتي : إن كانت لا تقدر عليه أو كانت قادرة ولكن عادة أمثالها جرت بألا يقمن بالخدمة فعليه أن يحضر لها من يقوم بخدمة البيت ولا تجبر عليه ، وإن كانت قادرة على العمل وتحسنه وكانت ممن يخدمن أنفسهن فيرى بعض الفقهاء أنها تجبر عليه ويرى آخرون أنها لا تجبر .

لقوله تعالى : « فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله، واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فـلا تبغوا عليهن سبيلا » النساء / ٣٤ . فهذه الآية قسمت النساء إلى نوعين . صالحـات . وهؤلاء لسن في حاجة إلى تأديب لأنهن يقمن بما عليهن من حقوق الله وحقوق الزوج .

والنوع الثاني الذي عبرت عنه الآية « واللاتي تخافون نشوزهن » وهن اللاتي شرع التأديب لهن ، لأن تركهن على انحرافهن يسبب للبيت شقاء لا تستقيم معه الحياة الزوجية ، وجعل التأديب للزوج دون غيره من الولي أو القاضي محافظة على كيان الأسرة بحفظ أسرارها من أن تذاع فيطلع الناس منها على ما لا يحسن الاطلاع عليه ، ولأنه أعلم من غيره بما يقومها ويردها إلى صوابها ، ولأن ضرر انحرافها يعود أولاً عليه وعلى بيته .

ثم أن الآية بينت طريق التأديب فجعلت له وسائل ثلاث: الموعظة الحسنـة والهجر في المضاجع، والضرب ، وجاءت بها مرتبة فإذا أراد التأديب بدأ بما بدأ الله به فيعظها فإن كفت الموعظة وقف عند ذلك ، وإن لم تفد الموعظة هجرها في المضجع بأن يوليها ظهره أو ينام في فراش آخر داخل البيت ، فـــإن لم يفد الهجر فله أن يضربها ضرباً غير مبرح ولا مشين .

وفي هذا يقول رسول الله ﷺ في خطبته في حجة الوداع . « ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان [1] عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

---

(١) عوان جمع عانية وهي الأسيرة . ومعناها أن النساء عند الرجال بمنزلة الأسرى فعليهم الإحسان إليهن .

ولقد سأل رجل النبي ﷺ : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : « تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت » .

فإذا أساء الرجل استعمال حقه ، وتجاوز القدر اللازم للإصلاح كان متعدياً، وللزوجة حينئذ أن ترفع أمرها إلى القاضي ليرده عن عدوانه ، فإن ثبت لديه عدوان الزوج عزره بما يراه كافياً لزجره عن معاودته لما فعل ، وليس له حق إيقاع الطلاق جبراً إذا طلبته الزوجة كما يرى الحنفية والجعفرية، ويرى المالكية أن المرأة لو طلبت الطلاق للضرر في هذه الحالة كان للقاضي سلطة إيقاع الطلاق إذا امتنع الزوج عن التطليق وتكون طلقة بائنة ، وهو ما يجرى عليه العمل في مصر .

وإذا عرفنا أن شريعة الله عامة لا تخص طائفة دون غيرها وليست قاصرة على زمن معين ولا بيئة خاصة ، وعرفنا مع ذلك أن النساء تختلف طبائعهن ، ففيهن من تردهن الكلمة عن غيها ، ومنهن من لا يؤثر فيها الكلام ولا يردها إلا الهجر والحرمان ، ومنهن من لا يفيد معها كلام ولا هجر لشراسة في خلقها وعناد لا يرده إلا الضرب ، إذا عرفنا ذلك أدركنا سر تنوع وسائل التهذيب في كتاب الله الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء ، والذي خلق المرأة وهو الخبير بأسرارها العليم بما يهذبها إذا ما التوى بها الأمر عن الجادة المستقيمة .

وبعد ذلك يكون من قصر النظر وسوء الفهم توجيه النقد على غير هدى كما قيل : إن الضرب وسيلة صحراوية لا تتفق مع عصر المدنية والتقدم ، فكيف تبيح شريعة لزوج أن يضرب زوجة تدرجت في مدارج الثقافة حتى بلغت قمتها ؟ .

ونحن نقول لهذا المفتري : ليس كل النساء كما وصفت ، وليس الضرب هو

الوسيلة الوحيدة المشروعة . بل إنها إحدى وسائل ثلاث ، وكانت في المرتبة الثالثة لا يلجأ إليها إلا عند فشل الأولى والثانية .

إن القرآن يعالج انحراف المرأة من القمة ، فيعالج من طريق العقل أولاً ، ثم ينتقل إلى طريق العاطفة ، ولم يبق بعد ذلك إلا طريق الجسد بالضرب ، لأن من لا يستجيب بعقله ولا يتأثر بعاطفته ينزل إلى مرتبة الحيوان الأعجم ، فبم نقوم اعوجاجه أيها الناقد الحاقد ؟ .

ثم إن القرآن لم يقف بالعلاج عند هذه الوسائل الفردية التي وكلها إلى الزوج ، بل جعل للزوج إذا لم يصل إلى نتيجة وأفلت الزمام من يده أن يرفع الأمر إلى القاضي ليعالج المشكلة بوسيلة أخرى على مستوى الجماعة ، لأن الحياة الزوجية ليست ملكاً للزوجين خاصة ، بل لها جانب اجتماعي من جهة أنهما عضوان في المجتمع الذي يسعد بسعادة أفراده ويشقى بشقائهم ، فيبعث القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، ليتعرفا أسباب النزاع ويقوما بالأصلاح كما يقول سبحانه : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا » النساء/ ٣٥ . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه عند الكلام عن التفريق بين الزوجين للضرر .

المبحث الثالث

في حقوق الزوجة غير المالية

أولا : يثبت للزوجة على زوجها عدم الإضرار بها بأن يعدل في معاملتها فيعاملها بما يجب أن تعامله به فيحافظ على حقوقها من غير إفراط ولا تفريط ، وإنما وجب عليه العدل وعدم الإضرار باعتبار ما له من السلطان والرياسة ، فحيث وضعه الشارع في موضع القوامة وأوجب له على زوجته الطاعة والقرار

في البيت ومنحه سلطة التأديب، وهذه أمور لا تستقيم مع إطلاق يده في التصرف بل يجب تقييدها بالعدل من جانبه ، حتى تسير الحياة الزوجية في طريق مستقيم لتحقق الغاية المقصودة منها .

ومن هنا جاءت عدة آيات وأحاديث تنبه الزوج إلى أن يعدل ولا يظلم وينفع ولا يضر ويرحم ولا يقسو، فيقول جل شأنه: «ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف» ويقول : « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » البقرة / ٢٣١ ، ويقول : « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبلا »

ويقول ﷺ: « خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي » ، وفي حديث آخر يقول: « ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت »، وفي خطبة الوداع يقول . « ألا واستوصوا بالنساء خيرا فانما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك » يريد أن يقول، إنكم لا تملكون منهن غير الاستمتاع ، وهكذا يرسم الإسلام طريقة معاملة الأزواج لزوجاتهم ، فمن سار في طريقه نجا ، ومن حاد عنه وآذى زوجته بالقول أو بالفعل كان لها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضي وهو بما له من الولاية العامة يستطيع زجر الزوج بالقول وتعزيره بما يراه رادعاً له عن عدوانه ، كما يذهب إليه الحنفية والجعفرية . أو تطلب التفريق للضرر وللقاضي أن يأمره بتطليقها ، فان لم يفعل طلقها نيابة عنه وإن لم يرض بذلك الزوج كما يذهب إليه الإمام مالك .

وينص قانون حقوق العائلة في المادة - ٧٣ - على أن الزوج مجبور على حسن معاشرة زوجته ، كما يجب عليه العدل للزوجة يجب عليه التسوية بين زوجاته

ثانيا : إذا كان له أكثر من زوجة وجب عليه التسوية بينهن في المعاملة ، سواء كان ذلك في البيات أو في النفقة بأنواعها، لأن الله شرط حل التعدد بالعدل في قوله جل شأنه : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » والمادة - ٧٤ - من قانون

حقوق العائلة تنص على أن « الرجـــل مجبور على إجراء العدالة والمساواة بين زوجاته المتعددات » .

ويستوي في ذلك البكر والثيب والشابة والعجوز والصحيحة والمريضـــة والأولى والأخيرة والمسلمة والكتابية، لأن رباط الزوجية واحد في الجميع، فلا يحل له أن يميز واحدة عن غيرها في أي شيء من الأمور الظاهرة ، فيبيت عند كل واحدة قدر ما يبيت عند الأخرى وتقدير النوبة مفوض إليه .

وإن كان الأولى ألا تكون طويلة حتى لا تطول الوحشة على الزوجات .

والمعتبر في المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار ، إلا إذا كان الزوج يعمل ليلا فتكون المناوبة بالنهار ، وإذا عين الزوج مقدار النوبة بدأ بمن شاء ، وعليه أن يوفي كل زوجة نوبتها دون أن يزيد لواحدة على حساب الأخرى إلا إذا أذنت صاحبة الحق فى ذلك،أو وجدت ضرورة تدعوه إلى ذلك كأن مرضت إحداهن وليس لها من يقوم بتمريضها غيره .

وإذا تنازلت إحدى الزوجات عن نوبتها لزوجة أخرى صح ذلك ، لأن رسول الله أقر ذلك عندما تنازلت سودة بنت زمعة عن نوبتها لعائشة رضي الله عنها ، وللمتنازلة أن ترجع عن تنازلها متى شاءت لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط .

يلزم الزوج هذا القسم حتى ولو كان مريضاً ، لأن في وجوده عند زوجتــه إيناساً لها إلا إذا أذن له في القرار في بيت إحداهن .

ويرى الجعفرية: أنه عند تعدد الزوجات لا حق للزوجة إلا في ليلة من أربع، فإن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة والباقي من الأربع له أن يضعــه حيث شاء ، فيجوز له أن يبيت عند إحداهما ثـلاثا لأن له الحق في التزوج من اثنتين غيرهما ، وإذا جاز له ذلك جاز أن يجعل نصيبهما لإحدى زوجتيه .

ونحن نقول: نعم له أن يتزوج أربعاً وعليه العدل بين زوجاته أياً كان عددهن فهل في ذلك عدل ؟

هذا ولا يسقط القسم عنه إلا في حالة السفر ، فله أن يأخذ من يشاء منهن للسفر معه، وليس لغيرها عوض عن أيام السفر لتطالب به بعد العودة منه ، ولا يجب عليه إجراء القرعة بينهن وإن كان من الأفضل أن يختار من يختارها للسفر بالقرعة بينهن تطييباً لخاطرهن ، حتى لا تشعر الباقيات بمرارة التفضيل لمن اختارها ، وهذا عند الحنفية والجعفرية . لأنه لا يجب عليه أن يصحب أحداً من نسائه معه في سفره .

ويرى الشافعية أنه يجب عليه أن يقرع بينهن ، لما روي أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها ، فإذا أقرع بينهن لا يقضي للباقيات، وإن سافر من غير قرعة فعليه أن يقضي للباقيات بقدر غيبته مع من سافر بها .

وأجيب على ذلك بأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك تطييباً لقلوب نسائه ، ولأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب واحدة منهن ، وليست كل زوجة تصلح رفيقة في السفر .

وكما يجب عليه التسوية في البيات ، يجب عليه التسوية في النفقة حسب حاله من العسر واليسر على أحد الآراء من مذهب الحنفية [1] وهو المعمول به في مصر بمقتضى المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فيعطي الفقيرة والغنية سواء

---

(١) يرى بعض الحنفية أن النفقة على حسب حالة الزوجة وحدها ، ويرى فريق ثالث أنها على حسب حال الزوجين معاً ، وهو الرأي الراجح في المذهب الحنفي الذي كان يعمل به في القضاء قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف نفساً إلا ما آتاها » الطلاق / ٧ .

وقانون حقوق العائلة في المادة – ٩٢ – يعتبر في النفقة حال الزوجين معاً . أخذاً بالراجح من مذهب الحنفية .

ويرى الجعفرية : أن النفقة على حسب حال الزوجة وحدها ، فلا يجب عليه التسوية إلا إذا تساوين في اليسار والأعسار، فإن كانت إحداهما موسرة والأخرى معسرة أعطى كل واحدة ما يكفيها حسب حالها .

الفصل الثالث

في الحق الثالث للزوجة وهو المهر [١]

وفيه مباحث

المبحث الأول

في التعريف به وسبب إيجابه وممَّ يكون ؟

المهر [٢] حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح ،

---

(١) أهم مراجع هذا البحث. البدائع ج ٢ ص ٢٧٤ وما بعدها ، فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٤ وما بعدها ، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٦٧٩ وما بعدها ، زاد المعاد ج ٤ ص ٢٨ وما بعدها ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦ وما بعدها ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين بحواشيه ج ٣ ص ٢٧٥ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، الفروق للقرافي ج ١ ص ١٥٠ وما بعدهـا ، تفسير القرطبي ج ٥ ص ٩٩ ، تفسير المنار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) وله أسماء : منها الصداق من الصدق لدلالته على صدق رغبة باذلـه في المرأة . والنحلة أي عطيه من الله مبتدأة لأن استمتاع كل من الزوجين في مقابلة استمتاع الآخر به . فالمهر ليس عوضاً عن شيء ، ويسمى صدقة لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والفريضة والأجر « وآتوهن أجورهن فريضة » والعلائق لقول رسول الله صلى الله عليـه وسلم « أدوا العلائق » قيل وما العلائق يا رسول الله ؟ قال : ما يتراضى به الأهلون ، والعقر والحباء وغيرها . راجع المغنى ج ٦ ص ٦٧٩ ، وحاشية القليوبي ج ٣ ص ٢٧٥

أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد . وهذا التعريف يفيد أن المهر واجب، وأنه يجب على الرجل لا على المرأة ، وأن وجوبه ثابت بأحد أمرين :

الأول : مجرد العقد ويكون في الزواج الصحيح لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » النساء / ٢٤ ، فهو يفيد أن طلب الزواج لا يكون إلا بالمال ، وليس له معنى إلا وجوب المهر بمجرد العقد الصحيح ، وإن كان هذا الوجوب لا يستقر إلا إذا تأكد بأمر من مؤكدات المهر ، لأنه قبل تأكده عرضة لأن يسقط بعضه إذا طلقها قبل الدخول ، أو يسقط كله لا إلى بدل إذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول ، أو يسقط كله إلى بدل إذا فسدت التسمية فإنه يجب عليه المتعة .

الثاني : الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو في المخالطة بشبهة ، وفي هذا لا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الأبراء منه من جانب المرأة .

أما وجوبه فثابت بالكتاب والسنة والأجماع والمعقول .

أما الكتاب فآيات كثيرة منها : «الآية السابقة» ، وقوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن » إلى قوله : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وقوله : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » الأحزاب ٥٠ ، وقوله جل شأنه : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » النساء.

فقد قيل في تفسيرها : عطية من الله للنساء بدليل : « فآتوهن أجورهن فريضة » .

وقيل عطية عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى .

أما السنة فلأن رسول الله ﷺ لم يخل زواجاً من مهر ، ولو لم يكن واجباً لتركه مره ليدل على عدم وجوبه .

وقـد أجمع المسلمون على ذلك من عصر الصحابة إلى وقتنا هذا لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المعقول : فلأن الزواج لو أبيح بدون مهر لكان في ذلك ابتذال النساء وحط أقدارهن واستهانة بشأنهن ولأدى إلى قطع النكاح لأوهى الأسباب وأتفهها .

وبعد وجوبه . هل يشترط ذكره في العقد ؟

عقد الزواج لا يتوقف وجوده ولا صحته شرعاً على ذكـر المهـر فيـه بـالاتفـاق، لأنه ليس ركناً من أركانه ولا ذكره شرطـاً لصحتـه بـل يثبـت المهـر دينـاً في ذمـه الزوج بمجرد العقد الصحيح النافذ فهو حكم من أحكامه وأثـر مـن آثـاره، والدليـل على صحته مع عدم تسمية المهر قوله تعالى: « لا جنـاح عليكـم إن طلقتم النسـاء مـا لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين البقرة/ ٢٣٦ » فهذه الآية تدل على نفي الجناح عن المطلقين قبل الدخول وقبل فرض المهر، والطلاق لا يكون إلا بعد قيام الزوجية الصحيحة، ولو كانت تسمية المهر شرطا لصحة الزواج لما صح العقد وبالتالي لم يكن طـلاق مباح .

وما روى عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن المرأة التي تزوجت ولم يسم لها زوجها مهرا ثم مات عنها قبل الدخول، فقال: بعد تردد طويل استمر شهرا من الزمان : لم أجد ذلك في كتاب ولا فـيما سمعته من رسول الله ولكن أجتهد رأيي فـأن كان صوابا فمن الله وان كان خطـأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط « أي لا نقص ولا زيادة ». فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال : إنني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية مثل قضائك هذا ، ثم قام أناس من أشجع وقالوا : إنا نشهد بمثل شهادته . ففرح ابن مسعود بذلك ،

وهذا يدل صراحة على أن العقد صحيح وان لم يذكر المهر فيه، وأن الواجب عند عدم التسمية هو مهر المثل .

هل المهر عوض عن شيء ؟

وإذا وجب المهر على الزوج بمجرد العقد فهل كان وجوبه عوضاً عن شيء ملكه في مقابلته أو كان عطاء لازما وهدية قررها الشارع ؟

اختلف نظر الفقهاء في ذلك. فمنهم من يذهب إلى أنه عوض عن ملك المتعة [1] ومن هنا حكموا بفساد العقد إذا تزوجها على ألا مهر لها وقبلت ذلك قياسا له على البيع إذا نفى فيه الثمن .

وقالوا: إن القرآن سماه أجراً في مقابلة الاستمتاع في قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وفي الآية التي بعدها يقول: « وآتوهن أجورهن بالمعروف ».

وذهب آخرون إلى أنه وجب على أنه هدية لازمة وعطية مقررة من الشارع. لأن القرآن سماه نحلة في قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة »، والنحلة تطلق على ما ينحله الانسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقابلة عوض ، وقيل نحله تدينا والنحلة الديانة والملة . كما يقول القرطبي في تفسيره ج ٥ ، ولأنه لو كان عوضا عن التمتع كما يقول أصحاب الرأي الأول لما وجب منه شيء إذا طلقها قبل الدخول حيث لم يستوف نظيره شيئاً مع أن القرآن أوجب لها نصف المهر إذا

---

(١) من هذا الفريق المالكية ولذلك عرفوه: بأنه مايعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها «الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٩٣ وهو قول للشافعية . يقول عميرة في حاشيته على شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٧٥ وهل الصداق عوض أو تكرمة وفضيلة للزوج قولان حكاهما المرعشي » . ويقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ١ ص ٦١ وليست النفقة في مقابلة ملك البضع وانما هي في مقابلة التمكين والبضع مقابل بالصداق فتكون نفقة المرأة كنفقة العبد المشترى فان الثمن في مقابلة رقبته والنفقة جارية بسبب ذلك الملك « ١ هـ .

كان سمي لها مهراً أو المتعة وهي نوع من المال عند عدم التسمية . يدل لذلك قوله تعالى: « لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدرة وعلى المقترقدره متاعابالمعروف حقا على المحسنين وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم « البقره / ٢٣٧ .

وإذا كان القرآن سمى المهر باسمين متغايرين « أجر ونحلة » وكل منهما له مدلوله الذي يغاير مدلول الآخر فأحدهما يقتضي أن يكون المهر عوضا والآخر يقتضي أن يكون غير عوض فالأمر يحتاج إلى ترجيح أحدهما لأنهما غير مرادين معا . فنقول :

إن قضيه المعاوضة ليست ظاهرة . أما قبل الدخول فلأن الزوج وإن حل له التمتع بالمرأة لكنه لم يستوف منه شيئا وقد أوجب الشارع المال إذا طلقها قبل الدحول كما تقدم بيانه .

وأما بعدالدخول في الزواح الصحيحفهو وإنملك الزوح التمتع بها واستوفى حقه منها إلا أنه لا يصلح أن يكون موجبا للعوض على الزوح ، لأن الاستمتاع مشترك بينهمافكل منهمايتمتع بالآخر كما قدمنا فيالحقوق المشتركةبين الزوجين. وكان مقتضى ذلك ألا يجبعلى الزوحشيء في مقابلة تمتعهأو يجب على كلمنهما العوض .

لكن الشارع خص الزوح بالأيجاب عليه فلا بد أن يكون وجوبه لمعنى آخر غير المعارضة . وليس هنا ما يصلح لذلك غير أنه عطاء لازم من الزوح إبانة لشرف العقد واظهاراً لخطره ليدوم العقد ويؤدي مقاصده :

وإنما وجب على الزوج دون الزوجة ؟

لأن عقد الزواح شرع لمقاصد أخرى غير التمتع المشترك بين الزوجين وهذه المقاصد لاتوجدإلا بدوام العقد ، والشارعجعل للزوجالقوامة وملكه الطلاقعند

اشتداد النزاع الذي لاتخلو منه الحياة الزوجية عادة ، فلو شرع الزواج بدون مال يدفعه الزوج لهانت عليه الزوجة وتخلص منها لأتفه الأسباب، حيث أخذها بلا شيء وسوف لا يدفع شيئا في زواجه بغيرها ، فكان وجوب المهر عليه من عوامل حرصه عليها وعدم التفريط فيها فوق أنه يشعرها من أول الأمر بأنها محل رعايته وتكريمه ، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة فتقبل على الحياة الزوجية وهي راضية مطمئنة .

وفي هذا يقول الكاساني في بدائعه [1] ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد أخرى لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح، والقرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد لايبالي الزوج بإزالة الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما لأنه لا يشق عليه إزالته لما لم يخف لزوم مهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده، لأن ما ضاق طريق إصابته يعز في الأعين فيعز به أمساكه وما تيسر طريق أصابته يهون في الأعين فيهون أمساكه ومتى، هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح » ا هـ .

ما يصلح أن يكون مهرا

لا خلاف بين الفقهاء في الأشياء بالنسبة لصلاحيتها لأن تجعل مهرا تتنوع إلى نوعين : نوع يتعين أن يكون المهر منه . وهو كل ما له قيمة شرعية سواء كان عينا من الذهب والفضة أو منفعة مباحة تقوم بالمال أو دينا في الذمة .

---

(١) جـ ٢ ص ٢٧٥

ونوع لا يصلح أن يكون مهرا وهو كل ما ليس بمال أو كان مالا غير متقوم شرعا كالخمر والخنزير في حق المسلم أو منفعة غير مباحة أو مباحة ولكنها لا تقوم بمال . وإن اختلفوا في تطبيق هذين الأصلين على بعض الجزئيات لاختلاف وجهات النظر فيها ، لأن المهر إما عوض كما يرى بعض الفقهاء أو هبة من الزوج لازمة وكل منهما لا يكون إلا من النوع الأول .

فلو سمى لها مقدارا معينا من المال ذهبا أو فضة مضروبة أو غير مضروبة أو غير مصنوع أو ورقا نقديا أو قدرا معينا من المكيلات أو الموزونات أو المنسوجات أو دارا معينة أو سكنى دار أو منفعة أرض أو خدمة يؤديها لا يكون فيها مهانة له ، أو دينا في ذمة الزوجة أو في ذمة شخص آخر وما شاكل ذلك صحت التسمية ، وإن سمى لها غير ذلك مما ليس بمال متقوم أو منفعة غير مباحة أو لا تقوم بمال لا تصح التسمية ، وسيأتي تفصيل ذلك بالأمثلة .

المبحث الثاني

في مقدار المهر

للفقهاء في مقدار المهر آراء . فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم تحديده بمقدار لا في مبدئه ولا في نهايته وإنما هو موكول إلى تراضي الطرفين ، ومنهم من يذهب إلى أن أقله محدد بمقدار لا يجوز بأقل منه وإن لم يكن محدد النهاية . وإليك تفصيل ذلك : أما أدناه فذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية وجماعة آخرون إلى أنه لا حد له ، بل يصح عندهم بكل ما يصدق عليه المال شرعا مادامت له قيمة يقوم بها وتراضى عليه الزوجان مستدلين بقوله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » فهذه الآية شرطت أن يكون الزواج بالمال ولم تحدد مقدارا معينا . فعلمنا من ذلك أن كل ما يسمى مالا في العرف والشرع يصح تسميته مهرا . ثم جاءت الأحاديث مؤيدة لذلك .

ففي بعضها « إلتمس ولو خاتما من حديد » وروى أحمد وأبو داود عن جابر

أن رسول الله ﷺ قال: « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يديه طعاما كانت له حلالا »[1] وما رواه الدارقطني باسناده قال: قال رسول الله ﷺ « أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق » قيل ما العلائق يارسول الله ؟ قال: ماتراضى عليه الأهلون »[1] ولأن المهر ثبت حقا للزوجة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطا فكان التقدير فيه إلى المتعاقدين .

وذهب الحنفية والمالكية وجماعة من السلف إلى أن له حدا أدنى لا يصح بأقل منه مستدلين بأحاديث وآثار عن الصحابة تفيد التحديد. فتكون الآية مقيدة لا مطلقة ، ويحملون بعض الأحاديث السابقة على الخصوصية كحديث الخاتم ، وبعضها الآخر على ما قبل شرعية التحديد. يريدون بذلك أن الزواج شرع أولا من غير تحديد مقدار للمهر ثم جاء التحديد بعد هذا .
ثم قالوا : إن المهر وجب أظهارا لشرف العقد وأبانة لخطر محله وهو المرأة الحرة فيجب أن يكون له قدر لاينزل عنه حتى لاينزل بشرف العقد ، وهذا القدر ربع دينار عند المالكية لأن هذا القدر له خطر حيث تقطع يد السارق بسرقته .

ويرى الحنفية أنه عشرة دراهم [2] لأن يد السارق لا تقطع في أقل منه. ولما روى عن عمر وعلي وعبدالله بن عمر أنهم كانوا يقولون « لايكون مهر أقل من عشرة دراهم » وهذا التحديد لايعرف بالرأي والاجتهاد فلا بد أن يكونوا سمعوا فيه حديثا عن رسول الله ﷺ ، بل قالوا إن الدارقطني روى عن جابر عن رسول الله أنه قال « لامهر أقل من عشرة دراهم » ، وأما كون المهر حقا للمرأة خالصا فهذا مسلم أنه حقها في حالة البقاء بعد تمام العقد ، وأما في الابتداء ففيه حق

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٤٢ ، ١٤٥ .

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٨٢ .

(٢) وقدره ابن شبرمة بخمسة دراهم وابراهيم النخعي بأربعين درهما وسعيد بن جبير بخمسين درهما وقيل غير ذلك .

للشارع لأ بانه خطر العقد وصيانة المرأة عن الابتذال ،وحق للأولياء حيث ثبت لهم الاعتراض إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل

ونحن نقول : إن التقديرات لاتعرف بالرأي وأنما تعرف بتقدير الشارع ، ولم يصح في التقدير حديث ،فالحديث الذي استدل به الحنفية ضعفه رجال الحديث والأثر عن بعض الصحابة ضعفه الكمال بن الهمام [٣]،والأحاديث التي استدل بها غيرهم ليست صريحة في التحديد . بل كل ما فيها أن كـلا منها يوافق مهراً من من المهور الواقعة في عصر النبوة ، وهذا لا يدل على أنه المقدر الذي لا يجزىء دونه إلا مع التصريح بأنه لا يجزىء دون هذا المقدار ولا تصريح إلا ما ورد في الذي استند اليه الحنفية وقد علمت ما فيه . وفوق ذلك فإنه جزء من حديث ولفظه « لانكاح إلا بولي وشاهدى عدل ولا مهر أقل من عشرة دراهم » والحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية وعدالة الشهود فكيف يأخذون بـه في باب المهر ؟

فالراجح ما ذهب إليه الفريق الأول من أنه ليس في الأمر تحديد ، وأقوى دليل لهم حديث خاتم الحديد ، وعلى هـذا الرأي سار قانون حقوق العائلة حيث صرحت مادته الثانون بأن المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلا كان أو كثيراً .

وإذا عرفنا أن الجعفرية من هذا الفريق فيكون المعمول به في المحاكم الشرعية اللبنانية أنـه لاحد لأقل المهر ، بل كل ما اتفق عليه الزوجان عند العقد تصح تسميته مهرا ما دامت له قيمة شرعا وعرفا ، لكن المحاكم المصرية تسير على مذهب الحنفية الذي يعتبر أقل المهر عشرة دراهم ،فلو سمى الزوجان أقل من هذا القدر ألزم الزوج بتكميله إلى ماقيمته عشرة دراهم [١]

---

(٣) راجع فتح القدير جـ ٢ ص ٤٣٦ ، ونيل الأوطار جـ ٦ ص ١٤٣

(١) المعتبر في الدرهم الشرعي ما وزنه أربعة عشر قيراطا كل قيراط يساوي خمس حبات

أما أكثر المهر فقد اتفق الفقهاء على أنه لا حد له فللمتعاقدين أن يزيدا فيه حسب تراضيهما لعدم ورود دليل يدل على ذلك. والتحديد إنما يكون بالنص.

ولهذا روى أن عمر بن الخطاب أراد أن ينهي الناس عن التغالي في المهور ويحدد لها مقدارا معينا لا يتعداه أحد فقال في إحدى خطبه [1]. ألا لا تغالوا في صدقات النساء فأنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتى عشرة أوقية » [2] الأوقية من الذهب أربعون درهما.

فقامت إليه امرأة فقالت: ياعمر يعطينا الله وتحرمنا أليس الله سبحانه وتعالى يقول: « وَآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » فقال عمر: أصابت امرأة وأخطأ عمر.

وفي رواية: فأطرق عمر ثم قال: كل الناس أفقه منك يا عمر.

فيكون زنة الدرهم الشرعي سبعين حبة من الشعير المتوسط ومن المعلوم أن قيمة الفضة تختلف باختلاف الزمن، فقد كانت قيمة الدرهم من الفضة قبل زمن التضخم تساوي قرشان ونصف بالعملة المصرية فكان أقل المهر خمسة وعشرين قرشا مصريا ولكن هذه القيمة لا تصلح الآن فيرجع إلى معرفة قيمة وزنها من الفضة.

(1) تفسير القرطبي جـ ٥ ص ٩٩

(2) قال الترمذى حديث تحديد مهر النبي وبناتـه بذلك حسن صحيح، وفي زاد المعاد جـ٤ ص ٢٨ ثبت في صحيح في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان صداق النبي صلى الله عليه وسلم لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشا فذلك خمسمائة » قال بيانـه أن الأوقية اربعون درهما النشن نصف أوقية فيكون عشرون درهما وفي المتقى جـ٦ ص ١٤٢ روى الجماعة إلا البخاري لترمذي عن أبى سلمة قال سألت عائشه: كم صداق رسول الله، قالت: كان صداقه لأزواجه نى عشرة أوقية ونشا. قالت أتدري ماالنشن؟ قلت لا، قالت نصف أوقية فتلك خمسماية درهم.

وقد جاء في بعض الروايات أن عمر لما سمع كلام المرأة رجع إلى المنبرفقال: إني كنت نهيتكم أن تزيدوا في صدقات النساء على أربعمائة درهم فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب .

ولقد كان لعمر رضي الله عنه اجتهادات كثيرة كانت تصدرعن رغبة في الأصلاح فكثيراً ما منع الناس من مباحات خشية ما يترتب على اندفاعهم فيها من ضرر يلحقهم .

وفي هذه المسألة كان الباعث له هو تيسير الزواج عملا بروح التشريع الذي دعا إليه رسول الله كما جاء في مسند الأمام أحمد [1] من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله قال: « أعظم النكاح بركة أيسره مؤنه » وقوله « خير الصداق أيسره » فأراد رضي الله عنه أن يجعل للصداق حدا أعلى لايتجاوزه الناس فقدره بأربعمائة درهم . وهو قريب من القدر الذي لم يتجاوزه الرسول في تزوجه وتزويج بناته، ولكنه لما سمع الآية ووجدها صريحة في جواز الزيادة رجع عن إلزام الناس بما قال :
وفي الحق أن المغالاة في المهور وما يتبعها من اشتراطات الطرفين جعلت الراغبين في الزواج يحجمون عنه فنتج عن ذلك أزمة الزواج التي حار الناس في حلها مع أن الحل في أيديهم ، ولو وقف الناس عند الحدود المعقولة فتنازل الزوج عن مغالاته فيما يطلبه، وكف أهل الزوجة عن تحميل أنفسهم ما لا يطيقون اندفاعا وراء التقليد الأعمى بمحاكاة الآخرين، وعرف الكل أن الزواج لم يشرع إلا لتكوين الأسرة في صورة موفقة ، جمالها البساطة والمودة وعمادها التعاون والمحبة .

لو عرفوا ذلك وساروا عليه لانحلت المشكلة وما وجدت شاكيا ولا باكيا. ولكنه التقليد أعمى الناس عن الحقائق الواضحة وسار بهم في طرق ملتوية حتى عمت الشكوى وزاد البلاء .

---

(١) زاد المعاد جـ٤ ص ٣٩

المبحث الثالث

في انواع المهر والحالات التي يجب فيها كل نوع

المهر الواجب في الزواج نوعان [1] :

الأول : المهر المسمى وهو الذي اتفق عليه عند العقد أو قدر بعده بتراضي الطرفين كما إذا عقدا العقد بدون تسمية للمهر ثم اتفقا بعده على قدر معين فأنه يكون المهر الواجب متى كانت تسميته صحيحة .

الثاني : مهر المثل . والمعتبر فيه مهر امرأة تماثلها وقت العقد من أسرة أبيها أو من غيرها،وتكون المماثلة فيما يعتد به من صفات الزوجة التي يرغب فيها من أجلها كالدين والأدب والعقل والتعليم والجمال والسن والبكارة والثيوبة ،وكونها ولودا أو عقيما والبلد الذي تعيش فيه ، فإذا لم يوجد من قوم أبيها [2] من يماثلها من هذه الأوصاف فيعتبر من يماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها من أهل بلدها .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة م ٨٠ ونصها: « المهر مهران . إما المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلاً كان أو كثيراً أو مهر المثل وهو مهر امرأة

---

(١) اختلف أئمة الحنفية في أيهما الأصل . فأبو حنيفة يرى أن مهر المثل هو الواجب الأصلي لأنه أعدل ، وإنما يعدل عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية . وصاحباه يقولان : إن الواجب الأصلي هو المسمى للاتفاق عليه ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا تعذر إيجاب المسمى لعدم وجود التسمية أو كانت فاسدة .

(٢) يرى الشافعية أنه ينظر أو لا إلى من يماثلها من نساء العصبة فأن فقد نساء العصبة أو لم يعلم لهن مهر فنساء الأرحام كأمها وقراباتها كجدتها وخالاتها فان تعذر ذلك اعتبر من يماثلها من الأجنبيات من أهل بلدها . شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٨٤ .

تقاربها وتماثلها من قوم أبيها وإن لم يوجد فمن أهالي بلدها .

والجعفرية يوافقون ذلك في الجملة حيث يقررون أن المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نسائها ما لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم [1] . يريدون بذلك أن مهر المثل يجب عند عدم التسمية الصحيحة بشرط ألا يزيد عن خمسمائة درهم ، فإن زاد وجب هذا القدر فقط .

ولذلك قالوا : لو تزوجها على كتاب الله وسنة رسوله ولم يسم لها مهراً كان مهر مثلها خمسمائة درهم .

ومما ينبغي ملاحظته في تقدير مهر المثل عند الحنفية أن يلاحظ أن يكون زوج هذه الزوجة كأزواج أمثالها حسباً ونسباً وفضلاً لأن الرجل الفاضل يتسامح معه في مقدار المهر .

الاختلاف في مهر المثل

إذا اتفق الطرفان على مقدار مهر المثل وجب هذا القدر ، وإن اختلفا بأن ادعى الزوج أن مهر مثلها كذا وادعى أهل الزوجة أنه أكثر من ذلك . فمن أقام بينة على دعواه أخذ بقوله ، وإن لم يوجد لهما بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه منكر للزيادة .

وإن أقام كل منهما البينة على دعواه أخذ ببينة الزوجة لأنهما تدعي الزيادة والزوج ينكرها ، والبينات شرعت لأثبات الدعاوى لا لدفعها « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

---

(١) شرائع الأسلام جـ ٢ ص ٣٤

الحالات التي يجب فيها مهر المثل

يجب مهر المثل في الحالات الآتية :

الأولى : إذا لم يسم في العقد بأن صدرت الصيغة مجردة من ذكره أو نفيه . كأن يقول لها : زوجيني نفسك ، فتقول قبلت أو زوجتك نفسي دون أن تذكر مهراً .

وفي هذه الحالة تسمى المرأة بالمفوضة ، لأنها بسكوتها تكون قد فوضت أمر تقدير المهر إلى زوجها ، لذلك كان لها الحق في مطالبته بعد العقد بتقدير مهر لها ، فان فعل وتراضيا وجب ما تراضيا عليه ، وإن لم يجبها إلى طلبها كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بالفرض فإن لم يمتثل قضى لها بمهر المثل ، وإن سكتت عن المطالبة بالفرض حتى دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد وتأكد بالدخول أو الموت . وهذا عند الحنفية ومن وافقهم .

والدليل على وجوب مهر المثل في هذه الحالة حديث ابن مسعود السابق .

الثانية : إذا اتفقا على نفي المهر بأن صدرت الصيغة مقرونة بالنفي أو كان هناك اتفاق سابق على الزواج بغير مهر وعقدا بناء على هذا الاتفاق ثم دخل بها .

وإنما وجب مهر المثل في هذه الحالة لأن المهر جعله الشارع حكماً من أحكام العقد فلا يملك العاقد نفيه ، **واشتراط نفيه لا يخرج عن كونه شرطاً فاسداً لمنافاته لمقتضى العقد**، والشروط الفاسدة لا يفسد بها عقد الزواج بل يصح العقد ويلغى الشرط .

ولأن المهر فيه حق للشارع لأنه أوجبه كما سبق – إبانة لخطر العقد وإظهاراً لشرفه فلا يستطيع أحد العاقدين إسقاطه . نعم أنه يجب أولاً بإيجاب

الله ، وللزوجة بعد تقرره أن تسقطه لأنه في حالة بقاء الزواج خالص حقها. فلها أن ترده إلى الزوج إن كانت قبضته أو تبرئه منه إن لم تكن قبضته .

الثالثة : إذا سميا مهراً تسمية غير صحيحة بأن سميا ما لا يصلح أن يكون مهراً شرعاً ،مثل تسمية ما ليس بمال كالطير في الهواء والسمك في الماء أو الأشياء التالفة التي لا ينتفع بها مثلا ،أو تسمية مال غير متقوم كالخمر والخنزير في زواج المسلم سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية ، أو تسمية مال متقوم لكنه مجهول جهالة فاحشة . كمجهول الجنس والنوع كأن يجعل مهرها حيواناً أو بيتاً أو حلياً أو قنطاراً أو أردباً مع عدم بيان نوعه . ففي هذه الصور تفسد التسمية ويجب مهر المثل لأنه الواجب الأصلي كما يقول أبو حنيفة ،ولا يعدل عنه إلا إذا تراضيا على شيء معلوم يصح أن يكون مهراً شرعاً ولم يوجد .

ويلحق بهذه الصورة وهي التي فسدت فيها التسمية زواج الشغار [١] وهو أن يزوج الرجل موليته كبنته أو أخته من رجل على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته من غير صداق لكل منهما . بـــل على أن يكون زواج كل منهما صداقاً للأخرى ، وهذا عند الحنفية الذين يصححون هذا العقد ، وأما عند الجمهور وهم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية فهو فاسد .ومنشأ الخلاف بينهما أنه زواج جاهلي جاء الأسلام فنهى عنه بما رواه المحدثون عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « نهى عن الشغار » قال نافع : والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق .

وبما رواه مسلم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « لاشغار في الأسلام »فالجمهور يذهبون إلى أنه زواج منهى عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنه عقد زواجين في

---

(١) سمى بذلك لأنه مأخوذ من الشغور وهو الخلو يقال : شغرت الدار إذا خلت من ساكنيها وشغرت الوظيفة إذا خلت من شاغلها ولما كان هذا الزواج خاليا من المهر سمي شغاراً .

عقد واحد وهو منهي عنه أيضاً .

والحنفية يقولون : إنه ليس منهياً عنه لذاته بل لما اشتمل عليه من ظلم المرأة والأجحاف بحقها كما كان عليه أهل الجاهلية من تحكمهم في شئون النساء وإلحاق الضرر بهن .

ففي هذا الزواج كل من المرأتين وقع عليهما الظلم بحرمانها من مهرها بينما انتفع كل من الوليين بحصوله على زوجة بدون مهر ، وهذا المعنى لا يفسد العقد لأنه متعلق بالمهر وفساد المهر لا يرجع على العقد بالفساد بل يفسد وحده ويصح العقد ، لأنه يصح مع عدم ذكر المهر وكأنه سمى شيئاً لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل [1] فآل الأمر به إلى أنه زواج بمهر المثل .

الرابعة : إذا حصل الاختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية بالبينة فيجب مهر المثل فيما إذا أدعت الزوجة أكثر منه أو أدعى الزوج أقل منه ، أما إذا كان الادعاء من طرف الزوجة وادعت أقل من مهر المثل فانه يحكم بما تدعيه وكذلك إذا كان الادعاء من طرف الزوج وادعى أكثر منه فأنه يحكم بما يدعيه .

وبهذا جاءت المادة ٨٦ من قانون حقوق العائلة وإن لم تكن دقيقة في صياغتها [2] .

الخامسة : إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل فأنه يجب لها

---

(١) راجع البدائع ج ٢ ص ٢٧٨ وراجع كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٢٦ لتقف على تفسير الشغار في المذاهب المختلفة .

(٢) ونصها : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجة فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل . وان كان من طرف الزوج فينبغى أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه »

مهر المثل ويجري على الزيادة حكم الوصية للوارث على اختلاف المذاهب فيها.

كما جاء بالمادة ٨٨ من قانون حقوق العائلة ونصها « إذا تزوج شخص في مرض أمانة وكان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه من تركته وان كان زائداً عنه يجري حكم الوصية بحق الزائد .

متى يجب المهر المسمى

إذا صحت التسمية للمهر سواء كانت في العقد أو بعده وجب المهر المسمى لتراضيهما عليه ، وصحة التسمية تتوقف على توافر الشروط الآتية :

١ – أن يكون المسمى ما لا متقوماً في نظر الشارع أو ما هو في حكم المال من المنافع التي تقوم بالمال .

٢ – أن يكون معلوماً بأن يكون خالياً من الجهالة الفاحشة .

٣ – أن يكون عقد الزواج صحيحاً فإن كان فاسداً لا يلتفت إلى المسمى . بل يجب مهر المثل كما سيأتي ،فإذا توفر في المسمى ذلك وجب بشرط ألا يكون أقل من المهر المقدر شرعاً فإن كان أقل منه يجب المسمى وما يكمل العشرة دراهم عند الحنفية . والمعتبر القيمة عند العقد لا وقت التسليم . فلو سمى لها ما قيمته عشرة دراهم عند العقد ثم نقصت قيمته عند التسليم لا يؤثر ذلك النقصان في صحة التسمية ، وإن كان العكس وجب المسمى وما يكمل العشرة ، لأن زيادة القيمة بعد العقد لا ترفع النقصان،ولا يضر بعد ذلك إن كان المسمى من الذهب أو الفضة مضروباً أو غير مضروب أو من غيرهما من الأموال المثلية أو القيمية عقاراً أو منقولاً فيصبح تسمية الجنيهات والقروش والدنانير والليرات وخاتم من الذهب أو من الماس أو عقار عليه بناء أو لا أو حيوان أو غير ذلك بشرط ألا يكون فيه جهالة فاحشة فان وجدت فسدت التسمية .

والجهالة الفاحشة تكون بجهالة الجنس والنوع مثل أن يسمى لها حيواناً أو بيتاً أو قنطاراً أو إردباً أو ثوباً ، فان كان معلوم الجنس والنوع صحت التسمية ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة لا تؤدي إلى النزاع كما إذا سمى لها فرساً أو ثوباً من الحرير [1] وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة والجعفرية .

وخالف الشافعية فقالوا : إن جهالة الوصف تفسد التسمية ، فلو سمى لها قنطاراً من القطن وبين نوعه ولم يبين درجته أو ثوبا من الحرير مثلا فان التسمية تكون فاسدة ويجب مهر المثل قياساً على المعاوضات المالية .

ويرد الجمهور على ذلك :بأن الجهالة اليسيرة تغتفر في عقد الزواج لأنه يتساهل فيه حيث إن المال غير مقصود فيه بخلاف المعاوضات المالية لأنها مبنية على المساومة فجهالة الوصف فيها مفضية إلى النزاع ، ولأنه لو فسدت التسمية بجهالة الوصف وجب مهر المثل ، والجهالة فيه أشد مما في مجهول الوصف .

وإذا صحت تسمية مجهول الوصف عندهم وجب الوسط من الصفات لا الأعلى ولا الأدنى ويخير الزوج بين دفع الوسط أو القيمة ، لأن الوسط يعرف بالقيمة ، ولأن مجهول الوصف لا يثبت في الذمة ، بل الذي يثبت فيها هو القيمة ، وحينئذ يكون الواجب هو الوسط باعتباره مذكوراً في العقد أو القيمة باعتبار ثبوتها في الذمة .

تسمية المهر منفعة :

وكما تصح تسمية المال المتقوم المعلوم الخالي من الجهالة الفاحشة تصح تسمية

(١) راجع الفروق للقرافي ج ١ ص ١٥٠ في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والضرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات . والبدائع ج ٢ ص ٢٧٢

المنافع المعلومة كذلك إذا كانت مما تقوم بالمال في العقود السابقة شرعا كسكنى دار معينة مدة محددة من الزمان أو استثمار أرض معينة كذلك ، لأن هـــذه المنافع إما مال كما يرى الجمهور أو ملحقة بالمال إذا كانت ضمـــن عقد كما يرى الحنفية .

وإذا صح جعل المهر منفعة في الأطار السابق فهل يصح أن يجعل المهر منفعة يقدمها الزوج بنفسه كأن يقوم بخدمتها أو خدمة أبيها أو ذي رحم محرم منها مدة معينة .

المذكور في كتب الحنفية خلاف بين محمد والشيخين ، فهما يقولان : إن هذه التسمية فاسدة ، لأن الزوجة هي التي تخدم زوجها ، وفي اشتراط خدمته لها قلب للأوضاع فتكون المنفعة ممـــا يتعذر الوفاء بـــه وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل .

وأما محمد فيذهب إلى صحة التسمية ، لأن المنفعة لها قيمة في ذاتهـا لكنه يتعذر الوفاء بها لما قاله الشيخان فيجب قيمتها لا مهر المثل .

ونحن إذا أمعنا النظر في تعليل المنع وجدناه لا يتحقق إلا في صورة جعـل المهر خدمته لها في البيت ، لأن هذه هي التي يوجد فيها قلب الأوضاع ، وكذلك خدمة أهلها البيتية ، لأن فيها مهانة له ، وأما الخدمة الخارجية الـــتي لا مهانة فيها كالأشراف على التجارة أو الزراعة مثلا فلا يوجد فيها شيء من ذلك ، لأن الأزواج في العادة يقومون بتصريف شئون الزوجات المالية من غـير أن تلحقهم أدنى مهانة ، كما أن الزوجة ليست مكلفة بخدمة الزوج خارج المنزل فلا يكون من قلب الأوضاع جعل مهرها خدمتها البعيدة على المنزل .

وعلى هذا تصح التسمية عند الجميع ويجب الوفاء بها إذا كانت الخدمة غير

خدمة المنزل معلومة المدة وليس فيها مهانة ولا مذلة للزوج لأنها كما يقول صاحب البدائع [1] من باب القيام بأمرها لا ومن باب الخدمة ، ويبقى الخلاف في الخدمة المنزلية أو ما فيه مهانة فيجب مهل المثل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقيمة الخدمة عند محمد .

الجمع بين المال والمنفعة في تسمية المهر :

وكما يصح جعل المهر ما لا فقط أو منفعة وحدها يصح جعله مكوناً من المال والمنفعة إذا توفرت الشروط السابقة .

ولما كانت صور هذه الحالة تختلف باختلاف مقدار المال المسمى واختلاف المشروط له المنفعة . فقد تكون لها أو لذى رحم محرم منها أو لأجنبي عنها لهذا كله لزم تفصيل هذه الصور .

الصورة الأولى – إذا كان المال المسمى أقل من مهر مثلها والمنفعة المسماة لها أو لذي رحم محرم منها. كأن يكون مهر مثلها مائة وسمى لها سبعين واستغلال أرض معينة لها أو لأبيها أو لأخيها مثلا ، ففي هذه الصورة يجب عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة . فإن وفى بها فلها المال المسمى ، وإن لم يوف بها وجب لها مهر المثل لا المسمى ، لأنها لم ترض بالمسمى وحده ، بل رضيت به مع ضم المنفعة المشروطة إليه ، فإذا فوت عليها المنفعة انعدم رضاها بالمسمى فيجب مهر المثل .
ولا يشترط في المنفعة المسماة هنا أن تكون مما يتقوم بالمال في العقود [2] .

---

(١) ج ٢ ص ٢٧٩ .

(٢) والفرق بين الصورتين أن المهر في أصله لا يكون إلا مالا أو شيئاً يقوم بالمال، فإذا كانت المنفعة هي المهر وحدها لا بد أن تكون مما تقوم بالمال لتصح التسمية ، أما إذا كانت مع مال مسمى فإن مالية المهر موجودة ولا يلزم في المال المسمى أن يكون مساوياً لمهر المثل فلا داعي لاشتراط كون المنفعة مما تتقوم بالمال .

كما شرط فيها إذا كانت هي المهر وحدها . بل يستوي في ذلك كل منفعة تعود عليها بالخير كاشتراط ألا يتزوج عليها أولا يخرجها من البلد الذي تزوجها فيه أو أن يلحق أخاها بوظيفة مثلا . فإذا سمى لها أقل من مهر مثلها ومنفعة من هذه صحت التسمية وكان لها المسمى بشرط أن تكون المنفعة المشروطة مشروعة . فإن فعل ذلك ووفى بما شرطه فيها، وإن لم يوف بالمنفعة وجب لها مهر المثل .

الصورة الثانية : إذا كان المال المسمى مساوياً لمهر المثل فإنه يجب لهـا المسمى سواء وفى بالمنفعة المشروطة أو لم يوف بها ، لأنها وإن لم ترض إلا بمجموع الأمرين لكن عدم رضاها بالمال وحده لا يؤثر في صحة التسمية ، لأن العدول إلى مهر المثل لا فائدة فيه لتساويهما .

الصورة الثالثة : إذا كان المال المسمى أكثر من مهر مثلها وجعل هـذه الزيادة في نظير منفعة تعود عليه كاشتراط وصف مرغوب فيه فيها مثل ما إذا كان مهر مثلها مائة وخمسين وسمى لها مائتين إن كان بكراً أو متعلمة أوسليمة من الأمراض أو ما شابه ذلك .

ففي هذه الصورة يجب لها المسمى إن كانت كما شرطه ، وإن لم تكن كذلك وجب لها مهر مثلها ولا تلزمه الزيادة ، لأنه ما رضي بها إلا على أساس وجود الوصف المرغوب فيه، فإذا فات الوصف فات رضاه بالزيادة فيجب مهر المثل .

الصورة الرابعة : إذا كانت المنفعة المشروطة مع المال غير مباحة شرعاً كأن يشترط إقامة حفل فيـه لهو محرم،أو تشترط أن يبيح لها الخروج إلى أماكن اللهو المحرم ، أو كانت منفعة مباحة لكنها لأجنبي عنها فإن الشرط يلغو في كل الصور وكأنه لم يكن ويجب لها المال المسمى وحده سواء كان مساوياً لمهر مثلها أو أقل منه بشرط ألا يقل عن أقل المهر المقدر شرعاً ، فإن كان أقل منه وجب تكميله لأن غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلاً بمال فكان الشرط غير داخل في المهر من المبدأ ، وإذا كانت المنفعة لأجنبي لم

تكن مقصودة للزوجة فليس لها عوض .

هذا هو حكم المنفعة المشروطة في مقابلة نقصان المهر أو زيادته وقد عرفنا أن شرطها لا يؤثر في العقد لأنه متعلق بالمهر وهو ليس ركناً ولا شرطاً في العقد بل يقتصر تأثيره على صحة المهر المسمى والعقد صحيح على كل حال .

وأما شرطها لا في مقابلة زيادة المهر أو نقصانه فإنه يؤثر في العقد في حالة ما إذا كان الشرط صحيحاً ولم يوف بـه من التزمه فإن العقد يكون غير لازم بالنسبة لمن شرطه حتى جاز له فسخ العقد لأنه رضي به مشروطاً بهذا الشرط فإذا فات الوفاء به انعـدم رضاه . وقد تقدم حكمها عند الكلام على اقتران الصيغة بالشرط ..

الترديد في المهر بتسمية مهرين على تقديرين :

ومما يتعلق بموضوع تسمية المهر مسألة الترديد فيه . وذلك بأن يسمى لها مهراً على تقدير وآخر على تقدير آخر ، وبعبارة أخرى أن يسمى لها مهراً على شرط ومهراً آخر على شرط آخر . ويستوي في ذلك كون الشرط فيه منفعة لها أوله ، مثل ما إذا تزوجها بمائتين إن كانت بكراً وبمائـة إن كانت ثيباً ، أو يتزوجها بمائة إن أقام بها في بلد أهلها وبمائتين إن أقام بها في بلد آخر .

فإذا كانت التسمية بهذه الصورة اختلف أئمة الحنفية فيها على ثلاثة آراء . أرجحها رأي الصاحبين[1] وهو أن التسميتين صحيحتان ، فأي الشرطين تحقق

(١) والثاني رأي زفر وهو فساد التسميتين فيجب لها مهر المثل في الحالتين لا ينقص عن أقل المهرين لأنه رضى به ولا يزيد على أكثرهما لأنها رضيت به والثالث رأي أبي حنيفة وهو صحة التسمية الأولى وفساد الثانية ، فإذا تحقق شرطها وجب لها المهر المسمى فيها ، وإن لم تتحقق وجب لها مهر المثل لا ينقص عن الأقل ولا يزيد على الأعلى ،

وجب ما سماه له . فإن وجدها بكراً كان مهرها مائتين وإن وجدها ثيبا كان مهرها مائة .

وجه هذا الرأي : إن كل حالة لها مهر واحد لا ترديد فيه وقد تراضيا عليه فلا نزاع ولا ضرر في ذلك فيجب المسمى في كل حالة ، **وهذا الرأي هو المفتي به وعليه العمل في القضاء بمصر لأنه الراجح من مذهب الحنفية** ، وإذا لاحظنا أن مذهب الجعفرية يوافق هذا كان المعمول به في لبنان في المحاكم السنية والجعفرية كذلك .

ما يجب في العقد الفاسد من المهر :

هذا هو المهر الواجب في العقــد الصحيح ، تارة يجب المسمى إذا صحت التسمية ، وتارة يجب مهر المثل إذا لم توجد تسمية أو وجدت وكانت فاسدة ، وتارة يجب أقــل المهر شرعاً وهو عشرة دراهم عند الحنفية إذا سمى لها مالاً متقوماً أو منفعة تقوم بالمال لكنه أقل من العشرة .

وأما في العقد الفاسد فقد عرفنا أنه لا يجب فيه شيء قبل الدخول لأنــه لا اعتبار له في نظر الشارع وإنمــا يجب المهر فيه بالدخول الحقيقي بها ، لأن الدخول بالمرأة في نظر الإسلام لا يخلو من وجوب الحد أو المهر وحيث لا حد لوجود الشبهة المسقطة له فيجب المهر .

والمهر الواجب هنا هو مهر المثــل إذا لم يسم لها مهراً أو سماه وكانت التسمية فاسدة ، فإذا كانت التسمية صحيحة وجب الأقل من المسمى ومهــر المثل . فإذا كان مهر مثلهــا مائة والمسمى ثمانون وجب المسمى ، وإن كان العكس وجب مهر المثل .

وإنما وجب الأقل منهما لأن الواجب الأصلي هو مهر المثـل وقد رضيت

بالمسمى في حالة زيادة مهر مثلها عما سماه ، وكأنها أسقطت حقها في الزيادة فتعامل بذلك ، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي وهو رأي أبي حنيفة وصاحبيه وعليه الفتوى والعمل .

ويرى زفر أنه يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ في الحالتين ولا اعتبار بالمسمى، لأن فساد العقد يسري إلى التسمية فتكون فاسدة وعند فسادها يجب مهر المثل بالاتفاق ، وقاسه على البيع الفاسد فإن المبيع فيه يملك بالقبض بإذن البائع ويجب على المشتري قيمة المبيع بالغة مابلغت ولا يلتفت إلى الثمن فكذلك في الزواج الفاسد .

ويمكن الرد عليه من قبل أصحاب الرأي الأول : بأن وجوب المسمى عند صحة التسمية في حالة ما إذا كان أقل من مهر المثل لم يجب لأنه المسمى حتى يلزم اعتبار العقد صحيحاً ، وإنما وجب باعتبار أنه مهر المثل حسب اتفاقها أو باعتبار أنها أسقطت شيئاً من مهر مثلها والساقط لا يعود . والقياس على البيع الفاسد غير صحيح لأن البيع معاوضة مالية بخلاف الزواج فكان قياساً مع الفارق .

وقانون حقوق العائلة يسير على الرأي الأول في المادة — ٨٥ — منه ونصها :

« إذا وقع الفراق بعد المقاربة في العقد الفاسد فإن سمى المهر يلزم أقل المهرين من المهر المسمى ومهر المثل وإن لم يسم أو سمى فاسداً فيلزم مهر المثل بالغاً ما بلغ إلا إذا حصل الفراق قبل المقاربة فلا يلزم مهر أصلا » .

والمذهب الجعفري يتفق مع هذا إلا أنه يشترط في مهر المثل ألا يزيد على خمسمائة درهم فإن زاد وجب الخمسمائة فقط [1] .

---

(١) فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٢٨٠ وما بعدها .

المبحث الرابع

في الزيادة في المهر والحط منه

معنى الزيادة في المهر هنا : أن يضاف إليه شيء بعد تمام العقد والاتفاق على مهر معين سواء أكان ذلك الشيء من جنس المهر المسمى أم غير جنسه .

ومعنى الحط : إنقاص جزء من المهر أو إسقاطه كله بعد الاتفاق عليه .

وظاهر أن الزيادة تكون من جانب الزوج ، والحط من جانب الزوجة ، وكل منهما جائز لكن بشروط ، فإذا زاد الزوج شيئاً على المهر التحقت الزيادة بأصل المهر وصارت كجزء منه فتلزمه ويطالب بها كما يطالب بالأصل ويتأكد وجوبها بما يتأكد به وجوب المهر غير أنها لا تتنصف لو طلقها قبل الدخول عند الحنفية .

وتثبت لها تلك الأحكام إذا توفرت الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون الزوج من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً لأن هذه الزيادة نوع من التبرع فلا تصح إلا إذا كان فاعلها من أهل التبرع .

٢ ـ أن تكون الزيادة معلومة كأن يزيد مقداراً من المال محدداً أو عيناً مالية معينة ، فإن كانت مجهولة . كأن يقول لها : زدتك شيئاً على مهرك أو قدراً من المال لم يحدده لا تلتحق به لأن المجهول لا يصح أن يكون محلا للعقد والتعامل .

٣ ـ أن تكون الزوجية قائمة عند الزيادة ولو حكما كما في عدة الطلاق الرجعي ، أما لو كانت الزيادة بعد الطلاق البائن فلا تعتبر ، لأن الزيادة تلتحق

بأصل المهر المسمى وتستند إلى العقد فيجب أن يكون باقياً حتى يمكن التحاقها بالمهر واستنادها إلى العقد .

٤ ـ أن تقبلها الزوجة إذا كانت أهلاً للقبول ، أو وليها إذا لم تكن أهلاً في المجلس ، لأنها هبة والملك لا يثبت فيها إلا بالقبول ، فلو ردت من جانبها ارتدت حيث لا يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه إلا في الميراث.

وكما يجوز للزوج الرشيد الزيادة في المهر يجوز لولي القاصر إذا كان أباً أو جداً غير معروف بسوء الاختيار أن يزيد في مهر القاصر ، لأن له أن يزوجه بأكثر من مهر المثل ابتداء عند أبي حنيفة ، فله أن يزيد بعد التسمية ، لأن مثل هذا الولي لا يفعل ذلك إلا لمصلحة تفوق الزيادة في المهر ، ولأن عرف الناس جار بأن الهدايا تقدم من قبل الزوج وأوليائه ، فتكون هذه الزيادة كالهدية فتجوز وتصبح لازمة وتلتحق بأصل المهر .

وكما تجوز الزيادة من جانب الزوج ، يجوز الحط من قبل الزوجة وحدها إذا كانت أهلا للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، ولا يجوز ذلك من وليها إذا كانت قاصرة حتى ولو كان الولي أباها أو جدها ، لأن الحط يكون بمثابة الهدية ، ولم تجر العادة بأن أهل الزوجة يقدمون الهدايا للزوج بل لو فعلوا ذلك تعيروا به .

وأبو حنيفة وإن كان يصحح تزويج الولي لها بأقل من مهر المثل ابتداء لما يراه من المصلحة لكنه لا يجوز له الحط منه بعد تقرره ، لأن المهر يتعلق به عند إنشاء العقد حقوق ثلاثة : حق الشارع ، ولهذا لا يصح بأقل من عشرة دراهم ، وحق الوالي العاصب ولذا كان له حق الاعتراض على تزويج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها بأقل من مهر مثلها ، وحق للزوجة لأنها المتملكة .

وبعد تقرره يصير حقاً خالصاً للزوجة . فحقها ثابت في الابتداء والبقاء وحق غيرها ثابت في الابتداء فقط .

ومن هذا يتبين أنه لا يملك الحط من المهر بعد تقرره إلا الزوجة صاحبة الحق فيه في البقاء ، لأنه إن وجد المسوغ للنقص في الابتداء فلم يوجد بعده بل وجد المانع منه .

والحط منه يصح بشروط :

١ ـ أن تكون من أهل التبرع وهي الرشيدة كما قلنا .

٢ ـ أن يقبله الزوج في المجلس إذا كان المهر مالا من الأعيان كبيت معين أو حيوان معين ، لأن حطها يكون هبة والهبة لا بد فيها من القبول ، فإذا لم يقبل الزوج صراحة لا يسقط حقها فيه ، بل يبقى هذا القدر أمانة عنده تأخذه متى شاءت ، فإذا هلك ذلك الجزء عند الزوج لا يكون مضموناً عليه ، لأن الأبراء منها لا يفيد التمليك في الأعيان ، فيحمل على نفي الضمان كما صرح بذلك ابن عابدين في رد المحتار بخلاف باقي المهر فإنه مضمون عليه حتى تقبضه .

وأما إذا كان المهر ديناً في الذمة كمبلغ من المال أو الأشياء التي تثبت في الذمة فلا يشترط لحطه عنه قبوله ، بل يشترط عدم رده ، لأن الحط هنا إبراء للذمة من بعض ما ثبت فيها وهو إسقاط لا يحتاج إلى القبول بل يرتد بالرد .

وإنما شرط عدم الرد هنا لأن الأبراء منّة ، ومن الناس من لا يحتمل المنة من الغير خصوصاً في مهر الزوجة . وإذا تم الحط بالهبة أو بالأبراء أصبح المهر هو الباقي لا يحق لها المطالبة إلا به لكن مع ملاحظة أن يكون حطها بمحض اختيارها لا يشوبه أي نوع من الإكراه ويجب التحري عند إثباته .

ومما تجب ملاحظته هنا أيضاً أن الزيادة في المهر والحط منه إذا كان في مرض الموت اعتبر وصية تطبق عليها أحكام الوصية ، فمذهب الحنفية يعتبرها موقوفة كلها على إجازة الورثة لأنها وصية للوارث ، وهو المطبق في المحاكم

السنية في لبنان حيث لم يعرض له القانون صراحة وإن كان أشار إليها في التزوج بأكثر من مهر المثل في مرض الموت .

أما المحاكم الجعفرية فإنها تطبق مذهبهم الذي يصحح الوصية للوارث والأجنبي على حد سواء في حدود الثلث ، والذي يوقف على إجازة الورثة هو ما زاد من ذلك على ثلث التركة ، والعمل في مصر يجري على ذلك أيضاً حيث إن قانون الوصيه أخذ بهذا الرأي في الوصية للوارث .

المبحث الخامس

في تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً من أحكام العقد الصحيح فإنه يجب بتمام العقد ديناً في ذمة الزوج عند الحنفية والجعفرية ومن وافقهم يجب أداؤه للزوجة عند طلبها ، ولها أن تمتنع عن الدخول في طاعته إذا لم يؤده لها بعد الطلب ، وإذا كان أداؤه متوقفا على طلب الزوجة فلا يلزم أن يكون حالاً وقت العقد بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إذا اتفق الزوجان على ذلك .

وبهذا صرحت المادة — ٨١ — من قانون حقوق العائلة ونصها : « يجوز تعجيل وتأجيل المهر المسمى تماماً أو قسماً منه » . فإذا اتفق الزوجان على تعجيله كله أو تأجيله كله أو بعضه إلى أجل معلوم قريباً أو بعيداً صح ذلك ، وإن كان الأجل مجهولاً لا يصح التأجيل ويجب تعجيله إلا إذا كان التأجيل إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة فإنهما وإن كانا مجهولين إلا أن الناس تعارفوا التأجيل إليهما فتنتفي الجهالة المفضية إلى النزاع .

وعلى هذا إذا اتفق الزوجان على شيء من ذلك عمل به وإن كان هناك

عرف يخالفه لأن الاتفـــاق من قبيل الصريح والعرف من قبيل الدلالة ، وإذا تعارض الصريح والدلالة يقدم الصريح ، على أن من شروط العمل بالعرف ألا يكون تصريح بخلافه .

وإذا لم يوجد اتفاق بينهما على شيء من التعجيل والتأجيل حكم عرف البلدة التي جرى فيها العقد لأن سكوتهما عن التصريح دليل على قبولهما تحكيم العرف القائم وقت العقد ، وإن لم يكن عرف وجب تقديم المهر كله ، لأن الأصل أنه يجب بتمام العقـد ولا يؤجل إلا بشرط صريح أو عرف قائم ، فإذا كان المهر عاجلا كله أو بعضه فإن قبضته الزوجة وجب عليها الانتقال إلى بيت الزوج والدخول في طاعته بمجرد طلبه ، فإن امتنعت عن ذلك كانت ناشزة وأجبرت على تسليم نفسها إلا إذا كان هناك ما يحول دون ذلك كالمرض ونحوه .

وإن لم يوف لها ذلك المعجل كان لها الامتناع سواء كان الزوج موسراً أو معسراً ولا يعد هذا نشوزاً منها لأن امتناعها بحق شرعي . فإن سمحت له في هذه الحالة بالدخول أو الخلوة الصحيحة بها فهل يعد ذلك إسقاطاً لحقها في الطلب العاجل ومنع نفسها منه في أي وقت أولا ؟

يرى أبو حنيفة أن هذا لا يسقط حقها فلها أن تمتنع منه لأن رضاها بالدخول أو الخلوة قبـــل قبض معجل المهر إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي لا في المستقبل لأن منافع الزواج مستمرة ولا تستوفي دفعة واحدة لاحتمال أن تكون فعلت ذلك لحمل الزوج على دفع المهر فلما لم يفعل رجع حقها في المنع إليها.

ونظير ذلك ما إذا رضيت بمباشرة زوجها فترة من الزمن بدون اتفاق عليها فإن ذلك لا يكون إسقاطا لحقها في طلب الاتفاق عليها في المستقبل ، وهذا هو الرأى الراجح في مذهب الحنفية .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه لا حق لها في المنع لأنها لما رضيت بالدخول أو

الخلوة قبل أن تقبض معجل صداقها فقد سلمت جميع المعقود عليه ، ولهذا يتأكد جميع المهر بالمخالطة مرة واحدة ، فكانت مسقطة لحقها في طلبه قبل الدخول فيسقط حقها في الامتناع ، فلو امتنعت لم تجب لها نفقة لأنها تعتبر ناشزة وهو قول مالك والشافعي .

وللجعفرية في هذا رأيان : أشهرهما أنه لا حق لها في المنع كرأي الصاحبين لأن الاستمتاع حق للزوج بمجرد العقد سواء دفع المهر أو لا ، ولأن حقهـــا قد سقط برضاها ولا دليل على عودته [1] .

وعلى هذا يكون العمل في مصر على الرأي الأول باعتباره الراجح في المذهب الحنفي .

وكذلك في المحاكم السنية في لبنان ، لأن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري .

وإذا عجز الزوج عن دفع معجل الصداق،فهل يقتصر أثره على منع الزوجة نفسها من الزوج وعدم طاعته ، أو يتعدى ذلك إلى ثبوت الحق لهـــا في طلب فسخ الزواج ؟

في ذلك رأيان : رأي بأنه لا يتعدى إلى طلب الفسخ بأي حال،وإليه ذهب الحنفية والجعفرية [2] والحنابلة في أصح الروايات عندهم .

وآخر بأن لها الحق في ذلك وبه يقول المالكية والشافعية والحنابـــلة ، في إحدى الروايات عندهم . غير أن منهم من جعل لها هذا الحق مطلقاً سواء دخل

---

(١) شرائع الإسلام جـ ٣ ص ٣٤ ، فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٢٨٦ نقلا عن صاحب الجواهر .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٧ .

بها أو لم يدخل ، ومنهم من قيد هذا الحق بما قبل الدخول ، أما بعده فلا يجوز لها هذا الطلب ولو فعلت لم تجب إلى ذلك .

ولعل هذا الرأي الأخير أعدل الآراء .

وإذا اتفقا على تأجيل المهر كله إلى أجل محدد صح ذلك التأجيل ، ويجب على الزوج أداؤه عند حلول الأجل المعين ، فإذا طلقها قبل حلول الأجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الأجل ، وإن مات قبل حلول الأجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الأجل ، لأن التأجيل حق لا يورث .

وإذا لم يعينا أجلا أو ذكرا أجلا مجهولا جهالة فاحشة بطل التأجيل ، ولو أجلا نصفه من غير تعيين الأجل ، فبعض الفقهاء يرى أن التأجيل باطل فيجب تعجيله ، ومنهم من يرى أن التأجيل صحيح ، ويعتبر مؤجلا إلى الطلاق أو وفاة أحد الزوجين ، لأن أحدهما آت لا محالة فيؤجل إلى أقربهما ما دام الزوجان قد ارتضيا التأجيل [1] .

وقد نص قانون حقوق العائلة على ذلك في المادة - ٨٢ ونصها :

« إذا أجل المهر لمدة معينة فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق بينهما ، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل ، وإذا لم تعين مدة يعد مؤجلا لوقوع الطلاق أو لوفاة أحد الزوجين » .

والجعفرية يجوزون لها المطالبة قبل الأجل ، لأن التأجيل مجرد وعد يستحب الوفاء به [2] .

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٨٨ وقد رجح الرأي الثاني بقوله : وقد روي عن أبي يوسف ما يؤيد هذا القول فليراجع .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٣ .

يعني انه في حالة تاجيل المهر إلى أجل معين: هل يؤثر ذلك في طاعة الزوجة لزوجها أو لا ؟ .

والمسألة فيها تفصيل بين ما إذا شرط الزوج الدخول قبل حلول الأجل ورضيت الزوجة ، وبين ما لم يشرط ذلك . فإن شرطه فقد اتفق أئمة الحنفية على أنه لا حق لها في الامتناع لأنها برضاها بالشرط أسقطت حقها فيه .

أما إذا لم يشترط ذلك فأبو حنيفة ومحمد يذهبان إلى أنه لا حق لها في الامتناع لأنها لما رضيت بتأجيل المهر فقد رضيت بتسليم نفسها قبل قبضه وهو إسقاط لحقها في تعجيله، ولم يوجد من الزوج ما يدل على إسقاط حقه في الاستمتاع بزوجته الثابت له بمجرد العقد الصحيح ، وبهذا يقول الإمام أحمد بن حنبل (١) .

ويرى أبو يوسف أن للزوجة أن تمنع نفسها حتى يحين الوقت الذي أجل إليه المهر ، لأن الزوج لما طلب تأجيل المهر كله فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع وتأخير حقوقه الثابتة له بالعقد ، لأن حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال (٢) .

وأجيب على ذلك بأن المهر حكمه التقديم إذا كان معجلا أو مسكوتاً عن الوقت ، فأما إذا كان مؤجلا تأجيلا صحيحاً فمن حكمه أن يتأخر تسليمه عن تسليم النفس .

---

(١) المغني ج ٦ ص ٧٣٨ الطبعة المجودة من الشرح الكبير .

(٢) البدائع جـ٢ ص ٢٨٨ وقد أفتى بعض فقهاء الحنفية بقول أبي يوسف استحسانا .

المبحث السادس

في مؤكدات المهر :

قدمنا أن عقد الزواج إذا كان صحيحاً يوجب المهر ، وأن العقد الفاسد لا يوجبه إلا إذا لحقه دخول حقيقي بالمرأة ، فاذا دخل بها وجب المهر كاملا سواء كان مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل منه ومن المسمى عند وجودها على الرأي الراجح عند الحنفية ، ومثله في ذلك الدخول بها بشبهة ، كأن تزوج امرأة لم يرها عند العقد ثم زفت إليه امرأة غيرها وقيل له إنها زوجتك فدخل بها بناء على هذا القول ثم تبين له أنها غيرها فأنه يجب عليه مهر مثلها ، لأنه في كلتا الصورتين استوفى المتعة بالمرأة بدخوله بها ، فيتقرر عليه مهرها ولا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الأبراء .

أما المهر الذي وجب بالعقد الصحيح فان وجوبه غير مستقر ، لأنه عرضة لأن يسقط كله أو نصفه [1] حتى يوجد ما يؤكده،فاذا وجد ذلك المؤكد استقر وجوبه ولا تبرأ ذمته إلا بالأداء أو الأبراء.

والمؤكدات للمهر أمور اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض الآخر.

فاتفقوا على أنه يتأكد بأحد أمرين .

أولها : الدخول الحقيقي بالزوجة، لأن الزوج بدخوله بزوجته يستوفي حقه منها فيتقرر حقها كاملا في المهر سواء كان مسمى وقت العقد أو قدر بعده

---

(١) فيسقط كله إذا عملت الزوجة عملا يوجب الفرقة بينهما ، كما إذا ارتدت عن الإسلام أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة ، فإن صداقها يسقط كله قبل الدخول ، لأن الفرقة وقعت بسببها ، ويسقط نصفه إذا طلقها قبل الدخول أو كانت الفرقة بسبب من جانبه كردته أو فعله ما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية

بالتراضي بينهما أو بقضاء القاضي أو لم يكن مسمى ووجب مهر المثل بقيت الزوجية أو حصلت الفرقة بينهما ، وإذا تقرر حقها في المهر كاملا فلا تبرأ ذمته إلا بأدائه لها أو أبرائها له منه .

غير أنه يشترط في ذلك الدخول الموجب لكل المهر أن يكون واقعاً من بالغ ، وأن تكون المرأة صالحة للمخالطة الجنسية ، فإن كانا صغيرين لا يتقرر بدخولهما كل المهر عند الحنفية والمالكية [1] ولا يشترط في الدخول أن يكون حلالاً ، بل إن حصوله مع وجود المانع الشرعي كالحيض أو النفاس أو كون أحدهما صائما مثلا يتأكد به المهر .

ثانيهما : موت أحد الزوجين باتفاق المذاهب الأربعة ، وإن قصره المالكية على المهر المسمى حيث لا يوجبون لها شيئاً عند عدم التسمية ، وهو أحد الآراء عند الجعفرية [2] .

وموت أحد الزوجين يوجب المهر كله قبل الدخول أو الخلوة بالزوجة حتى ولو كانا صغيرين أو أحدهما . وإنما وجب المهر كله بالموت لأنه وجب بالعقد . وكان عرضة للسقوط بالفسخ من أحد الجانبين وبالموت تعذر الفسخ لانتهاء العقد به حيث إن الزواج للعمر وقد انتهى العمر بالموت فينتهي الزواج به ، والشيء تتقرر أحكامه الممكنة بانتهائه ، والمهر حكم من أحكامه التي يمكن تقريره بالموت .

ولأن المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً في ذمة الزوج ، والديون لا تسقط

---

(١) خالف الشافعية في هذا الشرط .

(٢) ولهم رأيان آخران أحدهما : أن لها نصف المسمى في الحالتين موت الزوج أو الزوجة . ثانيهما : التفصيل بين موت الزوج فيجب لها كل المهر ، وبين موت الزوجة فيجب لها النصف ، وإن كان بعضهم قد رجح القول بالتنصيف في الحالتين لصحة الروايات الدالة عليه ، وهذا الخلاف فيما إذا كان المهر مسمى ، أما إذا لم يكن مسمى فلا شيء لها وعليها العدة ولها الميراث . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٩ .

بالموت فلا يسقط به المهر ، وإذا تقرر المهر فإن كانت الزوجة أخذت جزءاً منه قبل موت الزوج تقرر لها الباقي في تركته ، وإذا لم تكن أخذت منه شيئاً أخذته كله من تركة الزوج .

وإذا كانت الزوجة هي التي ماتت أخذ ورثتها المهر كله أو باقيه من الزوج بعد خصم نصيبه منه لأنه يرثها فيما تركته ومنه المهر الذي لم تقبضه .

ثم إنهم بعد ذلك متفقون على أن موت أحد الزوجين مؤكد لكل المهر إذا كان الموت طبيعياً أو بقتل أجنبي ، أو كان بفعل الزوج بأن قتل نفسه أو قتل زوجته ، واختلفوا فيما إذا قتلت نفسها أو قتلت زوجها عمداً .

فإذا قتلت نفسها قبل الدخول بها ، فيرى زفر أنها لا تستحق شيئاً من المهر ، لأنها ارتكبت جناية فوتت بها على الزوج حقه في الدخول بها ، فيسقط حقها في المهر قياساً على ما إذا ارتدت عن الإسلام قبل الدخول أو الخلوة بها .

ويرى الجمهور أنه لا يسقط مهرها بذلك القتل ، لأن حق ورثتها تعلق بما لها ومنه المهر عند زهوق روحها فلا يسقط بفعلها ، لأن الشخص لا يملك إسقاط حق غيره .

والقياس على الردة قياس مع الفارق، لأنه في حالة الردة لم يتعلق حق الورثة به فيسقط بخلاف حالة القتل فإن حقهم تعلق به فلا يسقط حق الغير .

وإذا قتلت زوجها عمدا فيرى زفر والشافعية أنها لا تستحق صداقها لأنها أنهت الزواج بمعصية فوتت بها على الزوج حقه ، وأنهاء الزواج بهذه الصورة من قبلها يسقط المهر متى كان قبل الدخول، كما إذا ارتدت بعد العقد وقبل الدخول.

والمالكية في ظاهر مذهبهم يوافقونهم في الجملة ، حيث إنهم منعوا تكميل المهر لئلا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن فتعامل بنقيض مقصودها .

وجمهور الحنفية ومعهم الحنابلة يذهبون إلى أن المهر لا يسقط بهذا القتل بل يتأكد المهر كله به ، لأن القتل وإن كان جناية منها فله عقوبة مقررة وهي القصاص . فلو قلنا بسقوط مهرها لأوجبنا عليها عقوبة زائدة لم تقرر شرعاً وهو غير جائز ، ولأن المهر في تلك الحالة للورثة لا لها فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها .

ومن يتأمل تلك الآراء يرى أن أرجحها هو الرأي الأول والعمل به أصلح للمجتمع ، إذ كيف تأخذ المهر كاملا أو نصفه مع قتلها لزوجها عمداً وكونه لورثتها لا يؤثر لأنه يثبت لها أولاً ثم ينتقل إليهم بعد القصاص .

هذا والعمل في مصر ولبنان يجري على خلاف ذلك ، حيث يعمل بالراجح من مذهب الحنفية أو بمذهب الجعفرية وهو لا يفرق بين قتلها وقتله على الرأي الراجح عندهم .

هذان الأمران اللذان يتأكد بهما المهر كله بالاتفاق بين الفقهاء جميعاً في الأول، وباتفاق المذاهب الأربعة في الثاني .

وقد اختلفوا في تأكده بالخلوة بعد العقد الصحيح .

يذهب المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم [1] ، إلى أنها لا تقوم مقام الدخول في تأكيد المهر، فإذا طلقها بعد الخلوة وجب لها نصف المهر المسمى. فإن لم يكن سمى لها مهراً وجبت لها المتعة .

غير أن المالكية قالوا : لو أقامت معه في بيته سنة ، وكان بالغاً وهي تطيق المخالطه ولم يفعل شيئاً يجب كل المهر لو انفسخ العقد بعد ذلك [2] .

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٥ وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٠٠ .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخلوة بالزوجة يتأكد بها المهر كله، وتسمى عندهم بالدخول الحكمي .

غير أن الحنفية يشترطون في الخلوة أن تكون صحيحة ، وأما الحنابلة فلا يشترطون ذلك بدليل أنهم قالوا : لو لمسها أو قبلها بشهوة ولو بحضرة الناس تأكد لها كل المهر ولا يسقط ، ومثل ذلك لو نظر إلى ما لا يحل لغيره النظر إليه بشهوة ، بل زادوا على ذلك وجعلوا الخلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في إحدى الروايتين [٣]، وسنبين حد الخلوة الصحيحة عند الحنفية بعد سوق الأدلة للرأيين .

الأدلة :

استدل الأولون على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهم فريضة فنصف ما فرضتم» البقرة / ٢٣٧، فقد أوجب نصف المهر للمطلقة قبل المسيس في زواج فيه تسمية ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها ، وهذه طلقها قبل المسيس فلا تستحق المهر كاملا .

وقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ، فقد أوجب المتعة في الطلاق بعد زواج لا تسمية فيه من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها .

ثم أيدوا ذلك بقوله تعالى : « وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » النساء / ٢٠ / ٢١ .

---

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٢١ والمغني ج ٦ ص ٧٢٧ لكنه صرح بأن الرواية الأخرى وهي عدم الوجوب بها أولى .

فإن هذه الآية نهت الأزواج عن أن يأخذوا من المهر شيئاً عند الطلاق بعد الدخول بالمرأة دخولاً حقيقياً ، لأنه عبر عنه بالأفضاء وهو الجماع ، وهذا يفيد أنها لا تستحق المهر كله عند المفارقة بالطلاق إلا بعد الدخول ، فيبقى ما وراء ذلك داخلا تحت الآية الأولى ، والمطلقة بعد الخلوة فقط مطلقة قبل أن تمس فأشبهت من لم يخل بها .

واستدل الموجبون لتمام المهر ، بأن الزوجة يجب لها المهر كله بالدخول الحقيقي وفي الخلوة قد مكنت زوجها من نفسها ليستوفي حقه ولم يمنعه مانع من ذلك ، فإن قصر الزوج في استيفاء حقه لا يتعدى تقصيره إلى حقها لأنها لا تؤاخذه بتقصيره .

وهذا نظير ما إذا سلم المؤجر العين المؤجرة للمستأجر فإنه يستحق الأجرة سواء استوفى المستأجر المنفعة بالفعل أو لا .

وقد روى الإمام أحمد [1] عن زرارة بن أبي أوفى قال : « قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة » كما روي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر ، ومثل هذه القضايا اشتهرت ولم ينكر عليهم أحد فيكون ذلك حكمها المقرر .

وأما ما استدل به المخالفون من قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهم فريضة فنصف ما فرضتم » ، وقوله : « ما لم تمسوهن» في الآية الثانية فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة بدليل فعل الصحابة .

وأما قوله تعالى : « وقد أفضى بعضكم إلى بعض » فليس الأفضاء نصاً في

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٢٤ و ص ٧٢٥ .

الدخول الحقيقي ، لأنه حكى عن الفراء[1] وهو حجة في اللغة أنه قال: «الأفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل » وهذا صحيح كما يقول ابن قدامة والكاساني ، لأن الأفضاء مأخوذ من الفضـاء من الأرض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء ولا حاجز عن إدراك ما فيه ، وبهذا يتبين أن الخلوة الصحيحة تشارك الدخول الحقيقي في تأكيد المهر .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة حيث تقول المادة – ٨٣ – : « إذا سمي المهر في العقد الصحيح وتوفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم المهر المسمى تماماً » .

والمادة – ٨٤ – تقول: « إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح، أو سمي وكانت التسمية فاسدة ثم توفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم مهر المثل » .

فكلمة الاجتماع الصحيح في المادتين يراد بها الخلوة الصحيحة وليس المراد منها الدخول،لأن هذا القانون في أكثر من مادة يعبر عن الدخول بلفظ المقاربة. وإذا وجب تمام المهر بالخلوة الصحيحة وجب بالدخول « المقاربة » من باب أولى . فهو في هذا يتفق مع مذهب الحنفية .

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٩٢ .

المبحث السابع

في الخلوة الصحيحة وأحكامها :

وحد الخلوة الصحيحة عند الحنفية أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بدون إذنهما أو يطلع عليهما ، وليس هناك مانع يمنعهما من المخالطة الجنسية ، فإذا لم يكن المكان آمناً لا تكون صحيحة ، وإن كان آمناً ووجد المانع لا تكون صحيحة أيضاً .

والموانع – كما عدها الفقهاء ثلاثة أنواع : حقيقي ، وشرعي ، وطبعي . فالحقيقي ويسميه بعض الفقهاء بالحسي كالمرض الذي يحول بينهما وبين التمتع الكامل ، والعيب الخلقي بالمرأة كالقرن والرتق[1] ، والصغر بأن يكون أحدهما صغيراً لا يمكن الاختلاط من مثله .

والشرعي : كأن يكون أحدهما صائماً في رمضان، أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة[2]، أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء فكل ذلك مانع شرعاً، لأن المخالطة الجنسية محرمة فيها شرعاً ، وفي الحيض والنفاس مانع طبعاً لأنه أذى والطبع ينفر عن استعمال الأذى .

والمانع الطبعي : كأن يكون معهما ثالث عاقل ولو كان صغيراً يستطيع

---

(١) الأول عظم في العضو التناسلي في المرأة، والثاني التحام فيه، أما العيب بالرجل فلا يمنع من الخلوة الصحيحة كالعنة والخصاء باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه . والجب كذلك غير مانع عند أبي حنيفة لتصور السحق منه والأيلاد . البدائع جـ ٢ ص ٢٩٣ .

(٢) والمخالطة الجنسية فوق أنها محرمة شرعاً تفسد الصوم والحج والعمرة ، وأفسادها يوجب القضاء في الكل والكفارة في الصوم ، وهي أمور شاقة تمنع الشخص من الإقدام على ما يفسدها .

التعبير عما وقع بينهما [1] لأن الإنسان يكره أن يقرب امرأتـــه بحضرة شخص ويستحي فينقبض عنه، وهذا تقسيم اعتباري، ولهذا سمى بعض الفقهاء هذا المانع بالحسي لأن الشخص الثالث محسوس .

فإذا صحت الخلوة تأكد بها المهر . فلو طلقها بعد ذلك أو انفسخ العقد بسبب من أسباب الفسخ ولو من جانبها وجب لها المهر كله متى كان العقد صحيحاً .

ولا تعتبر هذه الخلوة بعد الزواج الفاسد ، لأن المخالطة الجنسية فيه حرام ، فكان المانع الشرعي قائماً ، ولأن الخلوة تؤكد المهر بعد وجوبه بالعقد ، والعقد الفاسد لا يوجب المهر فلا يتصور تأكيد شيء لم يوجد

وإذا كانت الخلوة الصحيحة يتأكد بها المهر كالدخول الحقيقي فهي لا تأخذ حكمة في كل شيء، بل تتفق معه في بعض الأحكام وتخالفه في بعضها الآخر وإليك البيان لمواضع التوافق والتخالف :

الأحكام التي يشتركان فيها .

تشترك الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي فيما يلي :

١ ـ تأكيد المهر كله للزوجة كما سبق بيانه .

٢ ـ وجوب العده على الزوجة إذا وقعت الفرقة بعد الخلوة الصحيحة [2]

---

(١) أما إذا كان معهما صغير لا يميز أو مجنون أو مغمى عليه فــلا يمنع الخلوة؛ واختار الكمال بن الهمام أن وجود المجنون يمنع صحة الخلوة وهو اختيار وجيه .

(٢) أما الخلوة الفاسدة فتجب بها العــدة احتياطاً مع وجود المانع الشرعي لأن الدخول الحقيقي ممكن معه في ذاته بل مع وجود المانع الطبعي وهو وجود شخص ثالث كما يقول صاحب البدائع جـ ٢ ص ٢٩٤ والعــدة يحتاط في إثباتها ولم يجب بهــا المهر كله لأن الأموال لاتجب بالشك .

كما تجب به بعد الدخول ، لكن يلاحظ أنهما وإن اتفقا في وجوب العدة إلا أن وجوبها بالدخول وجوب ظاهراً وباطناً ، أي قضاء وديانة لأنها حق الشارع وحق الولد الذي قد يأتي ثمرة لهذا الدخول . فيحرم عليها التزوج قبل انقضائها ، أما في حالة الخلوة فوجوبها إنما هو في الظاهر فقط ، أي في نظر القضاء . فلو رفع الأمر إلى القاضي وجب عليه الحكم بوجوبها على المختلي بها ، لكن المرأة إذا كانت متيقنة بعدم مخالطة زوجها لها أثناء الخلوة فإنه يحل لها ديانة . أي بينها وبين الله أن تتزوج من غير أن تعتد بعد ذلك الطلاق ، لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة فلا يوجب العدة . كما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية ، وإذا وجبت العدة على الزوجة بالفرقة بعد الخلوة الصحيحة ترتبت عليها أحكام العدة وهي :

١ – وجوب النفقة بأنواعها التي تثبت لكل معتدة .

٢ – حرمة التزوج بامرأة أخرى تكون محرماً للمعتدة ما دامت في عدتها ، لأنه يكون جامعاً بين محرمين .

٣ – يحرم عليه التزوج بخامسة ما دامت العدة قائمة إذا كان له ثلاث زوجات غير تلك المطلقة ، لأنه يكون جامعاً لأكثر من أربع زوجات .

بقي حكم أخير تشترك فيه الخلوة والدخول بالزوجة وهو ثبوت نسب الولد من الزوج إذا توافرت شروط ثبوت النسب ، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول .

وهذا في الواقع ليس حكماً للخلوة ولا للدخول ، بل هو حكم لعقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلوة كما يذهب إليه الحنفية [1] احتياطاً

---

(١) ويمكن تصوير جعل ثبوت النسب حكماً للخلوة كالدخول فيما إذا طلقها بعده وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فإن نسب الولد يثبت منه ، كما لو طلقها بعد الدخول وأتت بالولد في تلك المدة فإنه يثبت نسبه ، أما إذا طلقها قبل الخلوة أو الدخول فأنه لا يثبت نسبه إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق .

منهم وحرصاً على عدم ضياع الولد .

الأحكام التي يختلفان فيها :

تختلف الخلوة عن الدخول في الأحكام الآتية :.

١ ـ حرمة بنـات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يترتب عليها حرمة البنات ، فلو تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم طلقها فإنه يحرم عليه التزوج بإحدى بناتها بعد ذلك ، أما لو طلقها بعد الخلوة بها فيحل له التزوج بإحدى بناتها ، لأن القرآن علق تحريم الربائب على الدخول. « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

١ ـ إحلال المطلقة ثلاثاً لمطلقها ، فلو طلق الرجل زوجته ثلاثاً فإنها لا تحل له بعد ذلك حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا تزوجها الثاني ودخل بها دخولاً حقيقياً ثم طلقها وانقضت عدتها حلت للأول ، أما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة فلا تحل له لحديث « لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ، وهو كناية عن الدخول الحقيقي فبقي ما دونه على التحريم .

٣ ـ الطلاق الواقع بعد أحدهما فإنه بعد الدخول الحقيقي يكون رجعياً وبائناً ، أما بعد الخلوة الصحيحة فإنه لا يكون إلا بائناً على أي صورة وقع من الزوج ، ويترتب على ذلك أن المطلق بعد الدخول يستطيع مراجعة زوجته بدون عقد جديد إذا كان طلاقه السابق رجعياً ، أما المطلق بعـــد الخلوة فلا يستطيع إرجاعها إلا بعقد جديد .

٤ ـ إن المدخول بها تزوج تزويج الثيبات من أنه لا بد في تحقق رضاها من أذنها الصريح ، أما المختلى بهـــا فقط فتتزوج زواج الأبكار لأنها لا زالت بكراً فيكتفي في رضاها بمجرد السكوت .

٥ ـ الميراث ، إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما في أثناء العدة فلا يرث أحدهما الآخر ، لأن الطلاق بعدها يكون بائناً على أي شكل وقع ، ولا إرث في عدة البائن . يستوي في ذلك أن يكون طلاقه فراراً من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها أو لم يكن كذلك . أما إذا طلقها بعد الدخول ومات أحدهما في العدة ، فإنه يرث أحدهما الآخر إذا كان الطلاق رجعياً ، بل إنه يثبت للزوجة في عدة الطلاق البائن إذا كان الطلاق في مرض موته ، لأنه يعتبر فاراً من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده .

فالفرق بينهما فيما إذا كان الطلاق بائناً قصدبه الفرار من الميراث،والميراث لا يثبت إلا بيقين بوجود سببه لأنه حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٦ ـ الأحصان . فإن الدخول يجعل كلاً من الزوج والزوجة محصنين بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنى ، أما الخلوة الصحيحة فلا تجعلهما محصنين فتطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنى إن لم يكن سبق لهما زواج ودخول .

الاختلاف في حصول الخلوة :

إذا اتفق الرجل والمرأة بعد الطلاق قبل الدخول على أنه حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها السابقة ، وإن اختلفا في ذلك فقالت المرأة : إنه حصل بعد الخلوة فتستحق كل المهر ، وقال الرجل : إنه حصل قبل الخلوة فلا تستحق إلا نصف المهر كان على المرأة البينة لإثبات دعواها ، لأنها تدعى خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه ، وعلى من يدعى خلاف الأصل إثبات مدعاه . فإن أقامت البينة كان لها المهر كله ، وإن عجزت عن إقامتها لم يبق إلا اليمين من حلفه صدق وحكم بمقتضى قوله . ولكن لأي منهما يوجه اليمين ؟

كتب الفقه الحنفي تذكر في المسألة قولين :

أولهما : أنه يوجه اليمين إلى الرجل، فإن حلف أنه طلقها قبل الخلوة قضى بقوله ، فلا تستحق إلا نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى تسمية صحيحة استحقت المتعه . وسيأتي بيانها .

وثانيهما : إن اليمين توجه إلى المرأة ، فأذا حلفت على ما تدعيه وهو أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة استحقت كل المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

ونحن إذا طبقنا القاعدة القائلة « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وعرفنا أن الخلاف هنا بين الرجل والمرأة في وجود المؤكد للمهر وهو الخلوة ، وإن المرأة تدعى وجودهـا ولذلك طالبناها بالبينة ، والرجل ينكرها ولذلك قلنا لا بينة عليه لأنه يتمسك بالأصل . إذا فعلنا ذلك انتهينا إلى أن اليمين توجه للرجل ويكون القول قوله إذا حلف ، لأن المرأة التي تدعي خلاف الأصـــل عجزت عن البينة ، فيكون هو الراجح لموافقته للقاعدة،وأما ترجيح ابن عابدين القول الثـاني وهو أنه يوجه اليمين إلى الزوجة ، ويكون القول قولها مع يمينها وتصويره لها بأنها منكرةلما ينصف المهر وهو الطلاق قبل الدخول والخلوة لأن المهر كله ثبت بالعقد والتنصيف له عارض وهي تنكره . هذاالترجيح بناء على هذا التصوير غير مسلم ، لأنه يترتب عليه أن تكون المرأة مدعية ومنكرة في آن واحد والرجل لا يكون له صفة في هذا النزاع مع أن كل نزاع غالبـاً يقوم على ادعاء من طرف وإنكار من الطرف الآخر .

وإذا جعلناها منكرة للعارض وهو يدعيه فلم لم نلزمه بالبينة على دعواه من أول الأمر ؟

تلك هي الأسباب التي يتقرر بها المهر كله عند الحنفية .

وزاد بعضهم سبباً رابعاً . وهو أن يزيل بكارتها بغير الطريق المعتاد ، كأن

يزيلها بأصبع أو نحوه . ولكن هذا لا يعتبر سبباً مغايراً لأنه إن فعل ذلك في خلوة صحيحة كان تأكد المهر بالخلوة الصحيحة ، وإن لم يكن في خلوة فلا يجب بهذا شيء ، فإن طلقها بعد ذلك وجب عليه نصف المهر .

ويدل لذلك أن الحنفية قرروا : أن الزوج إذا دفع زوجته في غير خلوة دفعه شديدة فأزال بكارتها ثم طلقها قبل الدخول لا يلزم إلا بنصف المهر ، ولا يلزم بتعويض عن إزالة البكارة [1] أما إذا لم تكن امرأته فدفعها دفعة شديدة أزال بها بكارتها ثم تزوجها كان لها عليه مهر مثلها بسبب إزالة البكارة والمهر الذي سماه لها .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن الرجل لو طلق امرأته طلاقاً بائناً بعدالدخول بها ثم عقد عليها عقـداً جديداً في العدة ، فإنه يجب لها كل المهر الثاني بمجرد العقد بدون دخول أو خلوة ، لأن وجودها في العدة قائم مقام الخلوة وزيادة لبقاء حكم الدخول الأول بدليل أنها لو أتت بولد لزمه[2]. والجعفرية يوجبون لها نصف المهر : يقول الحلى في شرائع الإسلام [3] : لو طلقها بائناً ثم تزوجها في عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر .

---

(١) يقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ٧٢٨ : إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لأنـه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملا كمالو وطئها . ا هـ

فإن صح هذا النقل عنهما كان في المذهب رأيان ، والجعفرية يذهبون إلى وجوب المهر كاملا بذلك . فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٢٩١ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٤ ص ١١٤ . وقال الشافعي وأحمد لها نصف المسمى لأنه طلاق قبل الدخول فان لم يكن دخل بها في الأول فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثاني بلا خلاف . المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٠ .

(٣) جـ ٦ ص ٣٦ .

المبحث الثامن

فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه

عرفنا ما يتأكد به المهر فيتقرر بأكمله بالدخول والخلوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين ، فإذا حصلت الفرقة بعدها وجب المهر كاملاً سواء كان المسمى أو مهر المثل .

أما إذا حصلت الفرقة قبلها فلا يجب المهر كله ، بل تارة يتنصف ،وأخرى يسقط إلى بدل ، وثالثة لا إلى بدل فتلك حالات ثلاث وإليك تفصيلها :

الحالة الأولى : حالة التنصيف وهي التي يجب فيها نصف المهر .

يجب نصف المهر إن كان مسمى تسمية صحيحة وكانت الفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً [1]. كالفرقة بلفظ الطلاق أو التفريق بعيب فيه أو بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام ، أو إبائه عنه إذا كان غير مسلم وأسلمت زوجته أو ارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة .

ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كانت الفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو الأفاقة فيما لو زوج الصغير أو المجنون غير الأب والجد المعروفين بحسن الاختيار من الأولياء فأنه يثبت له الخيار في فسخ العقد عند البلوغ أو الإفاقة. فإذا اختار فسخ العقد لا يلزم بشيء من المهر ، لأننا لو أوجبنا عليه نصف المهر

---

(١) الفرق بينهما أن كل فرقة اعتبرت طلاقاً تحتسب من عدد الطلقات والتي اعتبرت فسخاً لا تحتسب منها ويظهر ذلك فيما إذا رجعت الزوجة فأنه يملك عدد الطلقات كاملة إذا كانت السابقة فسخاً .

كغيره لم يكن لهذا الخيار فائدة ، لأنه حينئذ يستوي الفسخ والطلاق الذي يملكه كغيره فتنحصر فائدته في إعفائه من المهر عند اختياره الفسخ ، وأيضاً إن فسخ العقد بالخيار رفع له من أساسه كأنه لم يكن فأيجاب نصف المهر عليه في هذه الحالة أيجاب له من غير سبب موجب ولم يقل بذلك أحد .

والدليل على أيجاب نصف المهر في هذه الفرقة قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ . فهذه الآية توجب نصف المهر في الطـــلاق قبل الدخول إذا كان مفروضاً أي مقدراً فيقتصر التنصيف على المهر المسمي ، ويلحق بالطلاق كل فرقـة جاءت من جانب الزوج ، أما مهر المثل الذي يجب عند عدم التسمية الصحيحة فلم يرد نص بتنصيفه ، فيبقى وجوبه كاملاً في الصور التي يجب فيها كمال المهر ، ويجب بدل نصفه المتعة ،هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء وبه أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٨٣ في فقرتها الثانية ونصها « أما إذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح يسقط نصف المهر المسمى » .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد بالمهر المسمى الذي ينصف أهو المسمى عند العقد فقط فلا يتناول المسمى بعده بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي عند اختلافهما فيه ولا الزيادة في المهر على المسمى بالعقد أو يتناول كل ذلك ؟

فذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى أن المراد به المسمى وقت العقد فقط فلا ينصف ما سمي بعده ولا ما زيد عليه من جانب الزوج . فلو تزوجها بدون تسمية للمهر وقت العقد ثم سمى المهر بعد ذلك بالتراضي أو بالقضاء ثم طلقها قبل الدخول والخلوة فلا يجب لها إلا المتعة ، ولو زاد على المسمى شيئاً وطلقها كذلك وجب لها نصف المسمى وتسقط الزيادة .

وذهب الجمهور إلى أن التنصيف يكون للكل في حـــالة الزيادة وفي حالة التسمية بعد العقد ،وسبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في المراد بالمفروض

الذي ينصف في الآية « فنصف ما فرضتم » فيرى الجمهور أنه المفروض مطلقاً سواء كان وقت العقد أو بعده ، لأن الفرض معناه التقدير وهو شامل لكل هذا .

والحنفية يقولون إنه المفروض وقت العقد أو المتفق عليه قبله لأنه في عرف الناس كذلك : وكلام الشارع يفسره العرف فيعمل بالمتعارف وإن كان مخالفاً للوضع اللغوي .

والفصل بين الرأيين موقوف على وجود العرف الذي يدعيه الحنفية والظاهر أنه غير موجود ..

وبهذا يكون وجوب نصف المهر مشروطاً بشروط أربعة على ما هو المعمول به في مصر ولبنان ؟

١ ـ أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

٢ ـ أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة فلا يتنصف مهر المثل ، ولا المفروض للمفوضة بعد العقد خلافاً للجعفرية فإنه يتنصف عندهم ولا الزيادة عليه .

٣ ـ أن تقع الفرقة قبل الدخول أو الخلوة عندنا ، وقبل الدخول عند الجعفرية .

٤ ـ أن تكون الفرقة من قبل الزوج .

فإذا وقعت الفرقة قبل أن تقبض الزوجة شيئاً من المهر كان على الزوج أن يسلمها النصف الذي استحقته وسقط عنه النصف الآخر بدون حاجة إلى قضاء ، لأنه إن كان المهر ديناً في ذمة الزوج فقد سقطت المطالبة بنصفه ، وإن كان عيناً فإن يده ثابتة عليه . ولذلك جاز تصرفه فيه بعد الطلاق ويكون نافذاً فلا يحتاج إلى قضاء ، أما إذا قبضته فلا يعود إليه نصفه إلا بتراضيهما أو بقضاء القاضي ، لأن الزوجة تملك المهر بالعقد الصحيح وهو سبب من أسباب

الملك، فأذا قبضته تعينت ملكيتها فيه وقويت فلا تزول هذه الملكية إلا بالفسخ وهو إما بالتراضى أو بقضاء القاضي ، ولذلك تنفذ تصرفاتها فيه بعد قبضه من غير توقف على رضاه ، ولو تصرف هو كان تصرفه موقوفا على إجازتها أو الحكم به ، فأذا تصرفت فيه بالبيع مثلا نفذ بيعها ، فأن طلقها قبل الدخول فقد تعذر رد النصف فتضمن قيمة النصف وتعتبرالقيمة من يوم القبض ، أما إذا تصرف فيه بالبيع قبل أن تقبضه فإن تصرفها ينفذ أيضا فإذا ما طلقها قبل الدخول أو الخلوة كان عليها نصف القيمة يوم البيع ، فأذا كانت قيمته وقت البيع تساوي مائة ثم نزلت قيمته عن ذلك كانت ملزمة له بخمسين .

هذا عند الحنفية ، ويذهب الجعفرية إلى أنه لا فرق بين الحالتين فيعود إليه النصف بالطلاق دون توقف على رضاها أو قضاء القاضي ، ولهذا كانت تصرفات الزوج فيه نافذة بدون توقف على شيء ما دامت العين باقية ، وكذا تصرفات الزوجة ما دامت تصرفت قبل الطلاق .

والحكمة في إيجاب نصف المهر في هذه الحالة تعويض المرأة عما لحقها من الضرر بفرقة لا دخل لها فيها وتخفيف عن الرجل بعدم إلزامه بكل المهر ففيه مراعاة للجانبين جانب الرجل وجانب المرأة ، لأننا لو نظرنا إلى جانبه وجدناه لم يستفد شيئا من هذا الزواج، لأن المعقود عليه رجع إلى المرأة سالما وهذا يقتضي عدم إيجاب شيء من المهر .

ولو نظرنا إلى الزوجة وجدناها ملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ولم تمنعه من استيفاء حقه وهو الذي فوت هذا الحق على نفسه بالطلاق وهذ يقتضي إيجاب كل المهر لها ففي أيجاب كل المهر أهدار لجانب الرجل، وفي إلغائه كله إهدار لجانب المرأة فكان الحكم الوسط الذي يعوض المرأة ويجبر كسرها ولا يثقل كاهل الرجل.

الحالة الثانية : التي يسقط فيها المهر إلى بدل . وهي التي يجب فيها المتعة .

المتعة : هي المال الذي يعطيه الرجل للمرأة بعد الفرقة بينهما بطلاق أو فسخ

سواء كان هذا المال نقدا أو ثيابا أوغير ذلك . وهي نوعان . واجبة ومستحبة. فتجب للزوجة في كل فرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة من جهة الزوج إذا لم يكن لها مهر مسمى تسمية صحيحة [1] وهي المفوضة ، والدليل على وجوبها في هذه الحالة قوله تعالى «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تسموهن أوتفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » ، ولأنها وجبت عوضا عن نصف المهر وهو واجب فتأخذ حكمه لأن بدل الواجب واجب .

ولما كانت الآية واردة في الطلاق وهو من جانب الرجل ذهب الجعفرية إلى أنها تجب على الزوج في كل فرقة تعتبر طلاقا، ولكن الحنفية يذهبون إلى وجوبها في كل فرقة من جانبه قبل الدخول سواء اعتبرت طلاقا أو فسخا ، لأن الحكمة في أيجابها التخفيف عن المرأة لما أصابها من الألم والوحشة بقطع وصلة النكاح من جانب الرجل دون أن يكون لها دخل في ذلك وتعويضها عما فاتها من نصف المهر لو كان لها مهر مقدر. ويستوي في ذلك أن تكون الفرقة طلاقا أو فسخا .

مقدار المتعة

والمتعة الواجبة كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه للخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها، والمعتبر فيها عرف كل بلدة فيما تكتسي به المرأة خارج بيتها . وهو يختلف باختلاف أحوال الناس. فإن تراضيا عليها فذاك ، وإلا فرضها القاضي .

وتحديد الفقهاء لها بالثياب من درع وخمار وملحفة [1] كان باعتبار عرف

---

(١) فمدار وجوبها على فساد تسمية المهر من كل وجه والفرقة قبل الدخول والخلوة ، فإن كانت التسمية صحيحة من وجه دون وجه كما إذا سمى مائة دينار ومقداراً من الخمر فإنه يلغى الفاسد ويعتبر الصحيح هو المهر فينتصف . أما بعد الدخول فلها مهر المثل .

(١) الدرع ما تلبسه المرأة فوق القميص، والخمار ما تغطي به الرأس والملحفة ما تلبسه فوق=

زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المعتبر في المتعة عرف كل بلد فيما تكتسي به المرأة عند الخروج . كما نصوا على أن الزوج لو دفع لها قيمة المتعة أجبرت على القبول.

وهي على الأجمال لها حد أدنى وحد أعلى . فحدها الأدنى عند الحنفية ألا تقل عن خمسة دراهم لأنها نصف أقل المهر الواجب شرعا . وهي وجبت عوضا عن نصف المهر المسمى، ولا تزيد عن نصف مهر المثل، لأن مهر المثل هو الواجب لها لو فارقها بعد الدخول في هذه الحالة .

ومعنى ذلك أنها لو قدرت لا تقل عن ذلك ولا تزيد عن هذا لكن الزوج لو تطوع بأكثر من هذا وأعطاها باختياره فلا بأس في ذلك . وعند تقديرها : يراعي حال الزوج [٢] من اليسار والأعسار وهو قول أبي يوسف لقوله تعالى « فمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فهو صريح في أن تقدير المتعة يكون بحال الزوج من اليسر والعسر ، ولأنه هو المكلف بدفعها فلو كلفناه وهو فقير وهي غنية بمثل ما تكسى به لكلفناه بما ليس في وسعه . « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » .

وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية ويوافقهم في ذلك الجعفرية [٣] لموافقته لصريح النص واتفاقه مع قواعد التكليف . وقد نص قانون حقوق العائلة على وجوب المتعة في هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة ـ ٨٤ ونصها «أما إذا وقع

= ثيابها وبعض الفقهاء يعدهـا قميص وأزار وملحفة . ويريد بالأزار مايلبس فوق القميص وتحت الملحفة .

(٢) وفي المذهب رأيان آخران، أولهما أنها تجب حسب حالة الزوجة، لأنها وجبت بدلا عن مهر المثل الذي لا ينصف وهو معتبر بحالها ، وثانيهما : أنها تجب بحسب حالهما معا . راجع البدائع جـ٢ ص ٣٠٤ .

(٣) المختصر النافع ص٢١٣ يقول : ويعتبر في المتعة حاله فالغني يمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما .

الطلاق قبل الاجتماع الصحيح فتلزم المتعة ، وهي عبارة عن قميص وإزار وملحفة « وتعيين المتعة حسب العرف والعاده على شرط أن لا تتجاوز مهر المثل» ووجوبها إذا لم يكن المهر مسمى تسمية صحيحة كما نصت عليه الفقرة الأولى من تلك المادة .

لكن يلاحظ أن هذه الفقرة جعلت الحد الأعلى للمتعة مهر المثل . وهو غير صحيح لأن المقرر في المذهب الحنفي وهو مصدر هذا الحكم صريح في أن الحد الأعلى لها نصف مهر المثل . ولأن هذه المرأة لو طلقت بعد الدخول أو الخلوة يجب لها مهر المثل. فلزم على هذا أن تستوي الحالتان الفرقة قبل الدخول وبعده وليس لهـا نظير أصلا .

فالظاهر أن عبارة المادة سقط منها كلمة « نصف » وصوابها « أن لا تتجاوز نصف مهر المثل »

أما المتعة المستحبة . فهي لكل مطلقـة بعد الدخول سواء سمي لها مهراً أو لا ، وللمطلقة قبل الدخول إذا كان لها مهر مسمى على الصحيح في المذهب الحنفي متى كانت الفرقة من جانب الرجل إلا إذا ارتد أو أبى الدخول في الأسلام فأن المتعة لا تستحب في حقه لأن الاستحباب فضيلة لا تطلب إلا من المسلم لقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » البقرة / ٢٤١ .

ولأن أعطاء المتعة في تلك الحالات يكون من التسريح بأحسان المأمور به.

الحالة الثالثة التي يسقط فيها المهر كله لا إلى بدل

يسقط المهر كله بعد ثبوته بالعقد الصحيح إذا طرأ عليه سبب من الأسباب الآتية :

١ ـ إذا وهبت الزوجة لزوجها كل المهر قبل الدخول أو بعده فأنه يسقط عنه متى كانت من أهـل التبرع وقبل الزوج الهبة في المجلس . سواء كانت الهبة قبل قبض المهر أو بعده [1] وكذلك إذا أبرأته منه وهي رشيدة وكان دينا في ذمة

---

(١) قيد ذلك صاحب البدائع بما إذا كان المهر عينا أما إذا كان دينا فـأن هبته تصح إذا كان قبل القبض . والدين هو ما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات مما تتعين بالوصف والعين هو المعين بالأشارة . جـ٢ ص ٢٩٥ .

الزوج سواء كان قبل الدخول أو بعده. وقد تم توضيحه في مسألة الحط من المهر .

٢ ـ إذا حصلت الفرقة بينهما بسبب من جانبها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة. سواء كان هذا السبب أمرا مشروعا . كما إذا كان لها خيار البلوغ أو الأفاقة فيما إذا زوجها وليها غير الأب والجد وهي صغيرة أو مجنونة ثم بلغت أو أفاقت واختارت فسخ الزواج أو كان أمرا غير مشروع كارتدادها عن الأسلام أو إبائها عنه إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو ارتكبت ما يوجب حرمة المصاه - فأن عقد الزواج في تلك الصور يفسخ ولا مهر لها ، لأن إقدامها على ما يوجب الفسخ قبل أن يتأكد المهر دليل على تنازلها عنه . بخاصة إذا كان ما فعلته معصية ، ومثل ذلك إذا كان الفسخ من قبل وليها ، كما إذا زوجت نفسها بدون كفء أو بأقل من مهر المثل واعترض وليها العاصب على العقد وطلب فسخه وأجيب إلى طلبه ، لأن فسخ العقد وإن كان من وليها مباشرة إلا أنها هي التي تسببت فيه بتزويجها بمن يعترض عليه وليها . فكأنها هي التي فسخته .

وقانون حقوق العائلة ينص على ذلك صراحة في الفقرة الثالثة من المادة ـ ٨٣ فيقول : « وإذا وقع الفراق من طرف الزوجة بإحدى الصور كما لو فرق الزوجة وليها بسبب عدم الكفاءة يسقط تمام المهر المسمى » وهي مقيدة بالفراق قبل الاجتماع الصحيح لأنها معطوفة على الفقرة التي قبلها وفيها هذا القيد. وقد تقدم نصها.

٣ ـ إذا فسخ الزواج بسبب مشروع من جهة الزوج قبل الدخول أو الخلوة كاختياره الفسخ عند البلوغ أو الأفاقة ، لأن هذا الفسخ نقض للعقد من أساسه ، وإذا نقض العقد لم يبق سبب موجب للمهر .

٤ ـ إذا خالعت الزوجة زوجها على المهر كله قبل الدخول أو بعده فأنه يسقط كله ، كما يقول صاحب البدائع .

المبحث التاسع

في ولاية قبض المهر والتصرف فيه

قدمنا أن المهر حكم من أحكام العقد وأنـــه يثبت حقا للزوجة بمجرد العقد الصحيح سواء كان مسمى في العقد أو لا ، ولا تتوقف ملكيتها له على القبض حتى جاز لها التصرف فيه قبل قبضه .

وإذا تم العقد فلمن تثبت ولاية قبض المهر. أتثبت للعاقد وليا كان أو وكيلا أم للزوجة ؟

الأمر لا يخلو من أن تكون الزوجة كاملة الأهلية أولا . فـإن كانت كاملة الأهلية ثبت الحق لها سواء تولت هي العقد بنفسها أو تولاه غيرها وليس لأحد سواها ولاية قبضه إلا بأذنها الصريح أو الضمني .

فإذا قبضه غيرها بدون أذنها لا تبرأ ذمة الزوج منه وكان لها حق مطالبته به وهو يرجع على من أقبضه ، وإن كان القبض بأذنهـا برئت ذمته . ولايعتبر سكوتها عند القبض رضا منها بذلك إلا فيما إذا كانت بكرا وكان القابض أباها أو جدها لأبيها لجريـــان العادة بقبض الآباء والأجداد مهور الأبكار من بناتهم لاستحيائهن من المطالبة بالمهر. فاعتبر السكوت إذنا بالقبض دلالة بشرط ألا يوجد منها ما يدل صراحة على عدم رغبتها في قبض الولي له كأن تنهي الزوج عن دفعه إليه لسبب من الأسباب .

فإن وجد لايعتبر قبضه صحيحا فلا تبرأ ذمة الزوج منه ، أما غير الأب والجد من الأولياء فليس لهم ولاية القبض إلا بالأذن الصريح ، وكـذلك الوكيل عنها في عقد الزواج لأنه مجرد سفير ومعبر عنها .

ويلاحظ هنا أن المأذون له في قبض المهر المسمى وإن كان أبا أو جدا ليس له قبض غيره وأن كان مساويا له في القيمة لأنه يكون استبدالا وهو لا يملك ذلك بالنسبة لكاملة الأهلية ، وقد سبق بيان حق الزوجة في الامتناع عن الزوج والدخول في طاعته حتى يوفيها مهرها المعجل .

وإن كانت الزوجة فاقدة الأهلية لصغرها أو جنونهـــا أو كانت محجورا عليها لسفه أو غفلة فصاحب الحق في قبض مهرها من له الولاية على أموالها وهو عند الحنفية واحد من ستة : الأب ثم وصيه فإن لم يكونا فالجد ثم وصيه فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالقاضي ثم وصيه بهذا الترتيب.

وعلى هذا فقد تجتمع الولايتان « ولاية الزواج وولاية المال » لشخص واحد كالأب والجد ، وقد تفترقان فيكون للزواج ولي وللمال ولي آخر كالعم ووصي الأب فأن أولهما ولي في الزواج والثاني ولي في المال . فإذا قبض واحد من أولياء المـال المهر صح قبضه وبرئت ذمة الزوج منـه لا تملك بعد زوال سبب الولاية مطالبة الزوج بالمهر مرة أخرى ، بل تطالب وليها الذي قبضه .

وإذا قبضه واحد غير هؤلاء لا يعتبر قبضه وكان لها حق مطالبة الزوج به بعد البلوغ أو رفع الحجر ، لأن ذمته لم تبرأ بالدفع إلى غير الولي المالي ، ويرجع على من أقبضه إياه .

وعلى هذا إذا كان للصغيرة اليتيمة أو المجنونة أخ ووصي على مالها كـــان لأخيها ولاية تزويجها ولوصيها قبض مهرها لأن الأول ولي على النفس والثاني ولي على المال فيعمل كل منهما في دائرة اختصاصه لا يتعداها .

أثر هبة الرشيدة مهرها أو بعضه لزوجها

قدمنا أن للزوجة الرشيدة هبة مهرهـــا لزوجها قبل الدخول وبعده سواء

قبضته أو لم تقبضه وليس لأبيها ولا لأحدأقربائها الاعتراض على ذلك، ولما كانت تختلف أحكامها باختلاف صورها حسبما يلحقها من طـلاق بعد الدخول وقبله لزم بيان ذلك .

إذا وهبته كله أو بعضه ثم طلقها بعد الدخول فلا ترجع عليه بشيء ، لأنه بالدخول يقرر لها المهر كله وقد وهبته وهي زوجة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة بعد تمامها . وهذا متفق عليه بين الحنفية والجعفرية .

أما إذا وهبته له كله أو بعضه ثم طلقها قبل الدخول فإنه يسقط عنه بهذا الطلاق نصفه وهذا بلا خلاف ولكن هل له أن يرجع عليها بشيء بعد ذلك .

الحنفية يفصلون في المهر بين ما يتعين بالتعيين وبين ما لا يتعين بالتعيين .

فأن كان مما يتعين بالتعيين كقطعة أرض محددة أو دار كذلك أو هذا الفرس أو هذه السيارة ووهبته له كله أو نصفه ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده بالاتفاق ، لأن بالطلاق قبل الدخول استحق نصف المهر وقد رجع إليه بطريق الهبة وهو عين حقه، ولا يضر اختلاف طريق الوصول إليه .

أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمكيلات والموزونات الثابتة دينا في الذمة بأن لم تكن معينة بذاتها بالأشارة ووهبته له قبل قبضها فلا يرجع عليها بشيء إذا طلقها قبل الدخول ، لأنه بالطلاق في هذه الحالة يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقدحصل ذلك بالهبة على الراجح من المذهب ، أما إذا كانت الهبة بعد القبض فله الحق في الرجوع عليها بنصف المهر باتفاق أئمة المذهب لأن ما وهبته له لا يتعين أن يكون عين ما أعطاه لها فلم يكن ما وصل إليه بالهبة هو عين ما يستحقه بهذا الطلاق .

والجعفرية لم يفرقوا هذه التفرقة وإنما فرقوا بين الأبراء والهبة لكل

المهر وبين هبة نصفه . أياً كان نوع المهر فقالوا : إذا أبرأته من المهر ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه، ولو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ولم يرجع بشيء سواء كان المهر ديناً أو عيناً صرفاً للهبة إلى حقها ، وظاهر كلامهم يفيد أنه يستوى في ذلك أن يكون قبل القبض أو بعده[1]

وليلاحظ هنا أن مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان في محاكمها السنية ، والمحاكم الجعفرية تطبق مذهبهم ، وفي كل من المذهبين يرجع الزوج على زوجته بنصف المهر بعد هبتها له كل مهرها وان كان المذهب الجعفري يوجبه في كل أنواع المهر ، وفي المذهب الحنفي فيما إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين والغالب في المهر أن يكون منه .

وهذا يلحق بالمرأة ضرراً مالياً كبيراً فوق ما يصيبها من الألم بالطلاق . مع أنها حينما وهبت لزوجها قصدت مساعدته أو دعماً للحياة الزوجية لتثبت له أنها ستتعاون معه بالبذل ولن تثقل كاهله . ولو علمت أنه سيقطع رباط الزوجية لما أقدمت على الهبة . على أن ذلك يشجع بعض الأزواج على الطلاق ما دام سيأخذ ما لا جديداً بعدما يرجع له ما دفعه أفلا يكون من الأوفق للعدل الأخذ بمذهب الأمام مالك الذي يقرر أنه لا يجوز للزوج أن يرجع على زوجته المطلقة في هذه الحالة بشيء بل إنه يلزمه رد ما وهبته في بعض الحالات[2] .

---

(١) راجع شرائع الأسلام ج ٢ ص ٣٦ ، ص ٣٧ ، فقه الأمام جعفر للشيخ مغنية ج ٥ ص ٢٨٩ وفي الأخير يقول هذا هو المشهور عندهم وقال : سئل الأمام عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل . قال : إذا جعلته في حل فقد قبضته فان خلاها ـ أي طلقها ـ قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق .

(٢) راجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٢٤ وفيه إن وهبته شيئاً من صداقها قبل البناء أو بعده على قصد دوام العشرة معها فطلقها قبل حصول مقصودها فأنه يرد لها ما وهبته .

المبحث العاشر

في ضمان المهر

إذا كان المهر حقاً للزوجة فأن قبضته انتهت المسألة، وإن لم تقبضه صار دينا في ذمة الزوج إذا كان من الأموال التي تثبت في الذمة كالنقود أو في ضمانه إن كان معيناً بذاته .

وكان لها أن تستوثق من استيفائه بأخذ رهن به أو كفيل يضمنه لها . فإن أخذت رهنا جرى عليه أحكام الرهن لكن العادة جرت بأن الناس يطلبون كفيلا به

فإذا كفل شخص لها هذا المهر صحت الكفالة إذا كان الكفيل من أهل الكفالة يستوى في ذلك أن يكون قريباً لأحد الزوجين أو أجنبياً عنهما وسواء أكان أحد الزوجين أو كلاهما فاقد الأهلية أو كاملها .

فإذا صحت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له كان للزوجة إذا كانت بالغة عاقلة أو وليها إن لم تكن كذلك الخيار في مطالبة كل من الزوج والكفيل بأداء المهر عند الحنفية لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق المكفول به .

ويذهب الجعفرية إلى أن الطلب من أحدهما يوجه إلى الكفيل فقط . لأن الكفالة عندهم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل[1].

أثر أداء الكفيل المهر

المكفول عنه وهو الزوج إما أن يكون في ولاية الكفيل كالصغير أو فاقد

---

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٢٤٤

العقل أو لا يكون في ولايته كالأجنبي أو الأبن الكبير البالغ العاقل .

فإن كان الثاني وأدى الكفيل المهر عنه رجع عليه بما أداه إن كانت الكفالة بأمره ، أما إذا كانت بغير أمره فلا يرجع عليه بشيء عند الحنفية والجعفرية لأنه متبرع بما فعل .

وفي هذه الحالة إذا مات الكفيل قبل الأداء كان الزوجة حق المطالبة في تركته بمقدار مهرها فإذا قبضته منها رجع الورثة به على الزوج سواء كان وارثاً أو غير وارث .

وإن كان الزوج من النوع الأول وكفله أبوه بالمهر صحت الكفالة وكان عليه أن يدفع المهر فإن دفعه من مال ابنه فلا شيء فيه ، وإن دفع من مال نفسه فليس له الرجوع على الزوج إلا إذا أشهد عند الكفالة أو الأداء أنه سيرجع عليه ، لأن العرف جرى بأن الآباء يتبرعون بمهور أبنائهم فيكون الأداء مع عدم الأشهاد على أنه سيرجع أمارة على أنه متبرع بالدفع .

وإذا مات الأب الكفيل قبل أداء المهر عن ابنه كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ولباقي الورثة حق الرجوع على الزوج في نصيبه من الميراث سواء أكان الأب أشهد على أنه سيرجع على ابنه بما يؤديه عند الكفالة أو لا ، لأن التبرع المفروض من جانب الأب عند عدم الأشهاد على الرجوع لا يكون إلا إذا أدى بنفسه .

أما إذا كان الكفيل عن الصغير غير الأب فأنه يرجع في مال الصغير سواء أشهد على الرجوع أو لم يشهد لأن غير الأب لا يتبرع بالمهر عن الصغير عادة .

ولو زوج الأب ابنه الصغير أو من في حكمه باعتباره ولياً ولم يتكفل بالمهر عنه فهل يعتبر الأب ضامناً له بأقدامه على تزويجه فتطالبه الزوجة به أو لا ؟

الحنفية يذهبون إلى أن الزوجة لا تطالب الأب بالمهر في هذه الحالة إلا إذا كان للزوج مال . وعلى الأب بمقتضى ولايته المالية على ابنه أن يدفع لها المهر .

أما إذا لم يكن للابن مال فليس لها مطالبة الأب لأن المهر ثبت ديناً في ذمة الزوج ولم توجد كفالة من الأب حتى يطالب بمقتضاها . ومباشرته العقد لا تلزمه بحقوقه لأنها ترجع إلى الزوج لا إلى العاقد .

وذهب الأئمة الثلاثة والجعفرية [1] إلى أن الأب إذا زوج ابنه الفقير كبيراً كان أو صغيراً كان مطالباً بالمهر ، لأن الزوجة وأولياءها لم يقدموا على زواجه مع فقره إلا من أجل أبيه لأنه عادة يتحمل المهر عنه . وأن الابن الفقير يعتبر قادراً على الزواج بقدرة أبيه

فأقدام الأب على تزويج ابنه في هذه الحالة دليل على إرادته تحمل ما يجب للزوجة من المهر وغيره فيكون مسئولاً عن المهر فيلزمه أداؤه دفعاً للضرر عن الزوجة .

وإذا دفعه لا يرجع على ابنه به إذا أيسر لأنه بمنزلة ما ينفقه عليه وهذا المذهب كما ترى أرجح من مذهب الحنفية المعمول به الان في مصر والمحاكم السنية في لبنان .

---

(١) يقول الحلي في شرائع الأسلام ج ٢ ص ٣٨ : إذا زوج ولده الصغير فأن كان له مال فالمهر على الولد وإن كان فقيراً فالمهر في عهدة الوالد ولو مات الوالد أخرج المهر من أصل تركته سواء بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك فلو دفع الأب المهر وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد النصف دون الوالد لأن ذلك يجري مجرى الهبة له ، ولو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر ولم يكن للوالد انتزاعه لعين ما ذكرناه في الصغير وفي المسألتين تردد . اه .

ومما تجب ملاحظته هنا : أن الكفالة إذا وقعت من الكفيل في حال صحته تكون نافذة سواء أكان المكفول عنه أجنبياً أم قريباً وارثاً أو غير وارث .

أما إذا كانت في مرض الموت فإنها تأخذ حكم الوصية ، لأنها نوع من التبرع ، وتبرع الشخص في مرض موته كالوصية . فأن كان كل من الزوجين غير وارث نفذت الكفالة في حدود ثلث التركة فان زادت عنه توقفت في القدر الزائد على إجازة الورثة بالاتفاق .

وإن كان أحدهما وارثاً كانت وصية لوارث وفيها يختلف الحنفية والجعفرية . فالحنفية يذهبون إلى أنها تتوقف كلها على إجازة الورثة ، والجعفرية يذهبون إلى أنها تنفذ في حدود الثلث بدون توقف على شيء كالوصية للأجنبي ولا تتوقف على الأجازة إلا فيما زاد على الثلث .

وعلى هذا يكون العمل في المحاكم الجعفرية بلبنان أن هذه الكفالة تنفذ في حدود ثلث التركة وتتوقف فيما زاد حسبما هو مقرر بمذهبهم ، أما المحاكم السنية فانها تسير على الراجح في المذهب الحنفي وهو توقفها كلها .

أما في مصر فالعمل على ما يوافق المذهب الجعفري حيث إن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عدل في هذه المسألة عن مذهب الحنفية .

هلاك المهر واستهلاكه

المهر إما أن يكون من الأموال التي تتعين بالتعيين أو من التي لا تتعين بالتعيين كالنقود وما في حكمها مما يثبت في الذمة .

فإن كان من النوع الثاني ورد عليه الضمان بالكفالة وقد تقدم حكمها ولا نتصور فيه هلاك أو استهلاك قبل قبضه ، لأنه لو جعل مهرها مائة دينار مشاراً

إليها لزمه مائة دينار يدفعها إلى الزوجة سواء أكانت هي المشار إليها أم غيرها، لعدم تعلق حقها بمائة بعينها .

وإن كان من النوع الأول . كأن جعل مهرها حيواناً بذاته أو داراً محددة أو سيارة مشاراً إليها .

فإن حقها يتعلق بها عينه سواء كان من الأموال المثلية أو القيمية . وهذا هو الذي يرد عليه الهلاك والاستهلاك .

فإن هلك المهر من هذا النوع في يدها بعد قبضها له بآفة سماوية أو بفعلها فهلاكه عليها ولا ترجع على الزوج بشيء . لانتهاء عهدة الزوج بقبضها له .

وإن استهلكه غيرها سواء كان الزوج أو غيره لزمه ضمانه فترجع على المستهلك بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً .

أما إذا هلك قبل قبضها له فإنه يكون مضموناً على الزوج سواء كان بفعله أو بآفة سماوية ، لأن الزوج ملتزم به قبل قبضها فيضمنه .

أما إذا كان استهلاكه بفعل الزوجة فلا ترجع على الزوج بشيء لأنها استوفت حقها بأهلاكها له ، وإن هلك بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار إن شاءت رجعت على ذلك الأجنبي وإن شاءت رجعت على الزوج وهو يرجع على الأجنبي .

وإذا حصل الطلاق قبل الدخول فإن كان الهلاك قبل القبض وجب على الزوج نصف قيمة المهر يوم الهلاك ، وإن هلك بعد القبض وجب عليها رد نصف قيمته يوم القبض للزوج .

استحقاق المهر للغير

وهذا لا يكون إلا في المهر المعين . فإذا استحق المهر كله بأن ظهر أنه ملك

لغير الزوج كان على الزوج ضمان مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. يستوي في ذلك ظهور استحقاقه قبل القبض وبعده .

فإن استحق بعضه وكان من الأموال المثلية أخذت الزوجة الباقي ورجعت على الزوج بمثل الجزء المستحق ، وإن كان قيمياً كدار أو فرس تخيرت بين أخذ الباقي وتشارك الأجنبي فيه والرجوع على الزوج بقيمة الجزء المستحق وبين أن تأخذ القيمة كلها من الزوج وتترك له العين ليشترك فيها مع المستحق لجزئها، وإنما تخيرت هنا لأنها ملكت العين كلها بالعقد دون أن يكون لها شريك فيها ، فإذا عرضت الشركة في تلك العين وهي عيب قد لا ترضى به ثبت لها التخيير .

هذا إذا استحقت الزوجة المهر كله ، أما إذا استحقت نصفه فقط كأن طلقها قبل الدخول ثم ظهر مستحق لنصف العين التي جعلت مهراً لم يكن لها غير النصف الآخر ، لأنها في هذه الحالة ستكون شريكة على كل حال ، إما للزوج لو لم يظهر مستحق لنصف العين أو للآخر بعد استحقاقه .

المبحث الحادي عشر

في الاختلاف في المهر وقضاياه

مع وضوح حق المرأة في المهر وما يجب لها في كل حالة من الحالات إما تمام المهر المسمى أو نصفه، أو مهر المثل أو المتعة، لكن ذلك عند اتفاق الزوجين على ما وقع بينهما، وقد يختلفان، وقد يختلف أحدهما مع ورثة الآخر بعد موته. وقد يختلف ورثتهما بعد موتهما .

والاختلاف بينهما قد يكون في أصل تسمية المهر . بأن يدعي أحدهما تسمية المهر وينكر الآخر ، وقد يكون في مقدار المسمى بعد اتفاقهما على التسمية .

وقد يكون في قبض المعجل بعد اتفاقهما على التسمية ومقدار المسمى . وإليك تفضيل أحكام تلك الصور .

الصورة الأولى : إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية المهر مع تعيين مقداره [1] وأنكر الآخر .

والحكم في ذلك . أن على مدعي التسمية إثباتها بالبينة ، فإن أقامها حكم بالمهر الذي ادعاه ، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب اليمين من المنكر وجهت اليمين إليه ، فإن امتنع عن اليمين حكم عليه بما ادعاه الآخر ، لأن ذلك بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعي ، وإن حلف بطلت التسمية وقضى بمهر المثل لأنه الواجب في كل زواج خال من التسمية الصحيحة عند الحنفية والجعفرية [2] .

لكن يلاحظ أنه يشترط في مهر المثل الذي يقضى به هنا ألا يقل عما سماه الزوج إن كان هو المدعى ، لأنه التزم هذا القدر المسمى بادعائه فلا ينقص عنه ، وألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية ، لأنها رضيت بما سمته في دعواها .

فإذا كان الزوج هو المدعي وادعى أكثر من مهر المثل حكم بما ادعاه لا بمهر المثل ، وإذا كانت الزوجة هي المدعية وادعت أقل منه حكم بما ادعته .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة – ٨٦ – ونصها « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجه فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل ، وإن كان من طرف الزوج فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه » .

---

(١) قيدناها بتعيين مقداره لأن ادعاء مجرد التسمية من غير تعيين مقدار المهر لا فائدة فيه ولو فعل ذلك كان الواجب مهر المثل بالغاً ما بلغ في حالة تأكد المهر. والمتعة بالغة ما بلغت إذا لم يتأكد

(٢) فقه الإمام جعفر للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٩٣ .

وهذا الحكم فيما إذا وقع الاختلاف بينهما حال قيام الزوجية أو بعد زوالها وتأكد المهر كله بأحد الأمور المؤكدة له .

أما إذا حصل الطلاق قبل أن يتأكد المهر فتستحق الزوجة نصف المسمى إن ثبتت التسمية ، والمتعة إن لم تثبت لا تزيد على نصف ما عينته الزوجة إن كانت هي التي ادعت التسمية ، ولا تنقص عن نصف ما عينه الزوج إن كانت دعوى التسمية من جانبه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا حصل الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر [1] باتفاق أئمة الحنفية ، لأن ورثة أحدهما تقوم مقامه ، ولأن المهر لا يسقط بالموت ، ويوافقهم في ذلك الجعفرية .

وكذلك إذا وقع الاختلاف بين ورثة الزوجين بعد موتهما عند الصاحبين والجعفرية .

وقال أبو حنيفة إن ثبتت التسمية حكم بالمهر المسمى ، وإن لم تثبت فلا يقضى بشيء لورثة الزوجة لأن التسمية لم تثبت ، ومهر المثل ساقط الاعتبار لتعذر معرفته ، لأن موت الزوجين معناه موت أقرانهما ، ويظهر أنه فرض ذلك فيما إذا تقادم العهد ومر زمن طويل ، أما إذا مات الزوجان في سن مبكرة فلا معنى لإسقاط اعتبار مهر المثل لإمكان معرفته ، فيتفق رأيه مع رأي الصاحبين

هذا والراجح في المذهب هو رأي الصاحبين وعليه العمل .

---

(١) لا يوجد بين الصورتين اختلاف إلا في صورة اليمين الذي يحلفه الناكر فيهما . فالناكر إذا كان أحد الزوجين يحلف على أصل التسمية ، يعني يقسم على أنه لا تسمية للمهر ، وإذا كان من الورثة فإنه يحلف على نفي العلم العلم بالتسمية ، أي يقسم على أنه لا يعلم أن المهر سمي من الجانب الآخر .

الصورة الثانية : إذا اختلفا في مقدار المهر بعد اتفاقهما على أصل التسمية . كما إذا ادعت الزوجة أن المسمى مائتا دينار ، وقال الزوج: إنه مائة وخمسون .

وفي هذه الصورة يرى أبو يوسف: أن الزوجة تدعي الزيادة والزوج ينكرها فإن أقامت بينة على دعواها حكم بمقتضاها ، وإن عجزت يكون القول قول الزوج مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين حكم بما ادعته الزوجة ، وإن حلف حكم بما ادعاه إلا أن يكون ما ادعاه شيئاً قليلا لا يمكن أن يكون مهراً لمثلها فإنه يحكم بمهر المثل في هذه الحالة بشرط ألا يزيد على ما تدعيه لأن الظاهر يؤيدها فيما تدعيه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا وقع الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو اختلاف ورثة الزوجين بعد موتهما ، وهذا الرأي هو المختار للفتوى والعمل ، ومذهب الجعفرية يتفق معه في الجملة ، لأنهم يقولون عند اختلاف ورثة الزوجين في قدر المسمى : إن القول قول ورثة الزوج فيلزمهم ما يعترفون به.

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة . فالمادة – ٨٧ – منه تقول : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ، فإن كان الزوج يدعي المهر المتعارف عليه فالقول قوله » .

والمراد بالاختلاف فيها الاختلاف في مقدار المسمى ، لأن المادة السابقة كانت في الاختلاف في أصل التسمية ، والكلام هنا مفروض فيما إذا لم يقم أحدهما بينة على دعواه لأنها لو وجدت حكم بمقتضاها

وبهذا يكون المعمول به في لبنان ومصر هو الرأي السابق .

أما في لبنان فواضح لنص قانون العائلة عليه واتفاق المذهب الجعفري معه

في الجملة حيث يجعل القول للزوج عند الاختلاف في قدره أو وصفه [1] .

وأما في مصر فلأن المادة ١٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه « إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم مهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتيهما » .

وإنما اختير قول أبي يوسف [2] للعمل لأنه أعدل وأيسر في التطبيق .

الحالة الثالثة : إذا اتفق الزوجان على أصل التسمية والمقدار المسمى واختلفا في قبض المعجل بأن ادعى الزوج أنه أوفاها المعجل كله وأنكرت الزوجة أنها قبضته كله أو أنها قبضت بعضه ولم تقبض باقيه .

والحكم في هذا الاختلاف يختلف باختلاف الوقت الذي حصل فيه .

فإن كان قبل أن تزف إليه كانت الزوجة متمسكة بالأصل والزوج يدعي خلافه ، لأن المهر ثبت في ذمة الزوج ديناً بمجرد العقد والأصل بقاؤه حتى يقوم

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن من أقام منهما البينة على دعواه حكم له سواء كان موافقاً لمهر المثل أو لا ، وإن أقام كل منهما بينة يحكم مهر المثل فمن يشهد له مهر المثل حكم بما يدعيه ، فإذا كان مهر المثل كما ادعت الزوجة أو أكثر منه حكم لها بما ادعت ، وإن كان مساوياً لما ادعاه الزوج أو كان أقل منه حكم بما ادعاه . وإذا لم يشهد مهر المثل لأحد منهما بأن كان أكثر مما ادعى الزوج وأقل مما ادعته الزوجة حلف كل منهما على صحة دعواه ونفي دعوى الآخر ، فإن حلفا جميعاً حكم بمهر المثل وإن نكل أحدهما عن اليمين حكم عليه بما ادعى الآخر ، وذلك لأن كلا منهما يعتبر مدعياً ومنكراً ، فإن الزوج يدعي ما ادعاه وأنه يلزمها الدخول في طاعته بأيفائها المعجل وينكر الزيادة التي تدعيها الزوجة ، والزوجة تدعي الزيادة وتنكر أن له الحق في إدخالها في طاعته حتى يوفيها لها أو ما اشترط تعجيله منها .

الدليل على خلافه ، فإن أقام الزوج بينة على دعواه حكم بمقتضاها ، وإن عجز كان القول للزوجة مع يمينها ، فإن نكلت عن اليمين حكم للزوج لأن نكولها دليل على صدق دعواه .

وإن كان الخلاف وقع بعد أن زفت إليه فالحكم يختلف تبعاً لوجود عرف مطرد بلزوم تعجيل جزء من المهر قبل الزفاف أو عدم وجوده .

فإن لم يوجد عرف فالحكم لا يختلف عما إذا كان قبل الزفاف من أن على الزوج البينة والقول قول الزوجة مع يمينها ، فإن أقام بينة حكم بها وإن لم تكن له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين .

وإن كان هناك عرف مطرد بالتعجيل وادعى الزوج أنه أوفاها معجل الصداق وهي تنكر قبض شيء منه كان القول قول الزوج ، لأن العرف يشهد له ويقوم مقام البينة على صدق دعواه ولا يلتفت إلى دعواها عدم القبض لأن الظاهر يكذبها .

وإن كان الخلاف بينهما في قبض بعض المعجل بأن اعترفت الزوجة بأنها قبضت بعضه دون باقيه والزوج ينكر ذلك مدعياً أنه أوفاها كل المعجل كان القول قولها مع اليمين حتى ولو جرى عرف الناس بقبض كل معجل الصداق ، لأن بعض الناس يتساهلون عادة بعد قبض جزء من معجل الصداق في طلب الباقي فيتم الزفاف قبل قبضه ، ولأن اعترافها بقبض البعض مع إمكانها إنكار قبضه أمارة واضحة على صدقها . فيؤخذ بقولها مع اليمين ، إلا إذا أقام الزوج البينة على صدق دعواه فيحكم له ، وهذه الأحكام كما تجري في اختلاف الزوجين تجري في اختلاف أحدهما مع ورثة الآخر ، وفي اختلاف ورثتيهما .

وهذا هو المفتى به للعمل في مذهب الحنفية ، وعليه يجري العمل في مصر . وفي لبنان أيضاً بالمحاكم السنية ، لأن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

والمذهب الجعفري لا يختلف عن المذهب الحنفي في ذلك كثيراً فإن المقرر فيه أن القول قول الزوجه ، لأن الأصل عدم القبض حتى يثبت العكس ، وعلى الزوج البينة لأنه مدعي ولا فرق في ذلك بين أن يحصل النزاع قبل الدخول أو بعده [1] ، وهذا هو المطبق في المحاكم الجعفرية .

الاختلاف في وصف المقبوض أهو هدية أم من المهر ؟

إذا كان الزوج قد بعث إلى زوجته شيئاً من النقود ، أو الحلى ، أو الثياب وغيرها قبل الزفاف أو بعده ، ولم يذكر عند إرساله أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا بعد ذلك ، فقالت : هو هدية حتى لا يرجع عليها بشيء منه لأن الزوجية مانعة من الرجوع فيها ، وقال : هو من المهر حتى يحتسب له من المهر ، فكل منهما مدعي ومنكر ما ادعاه الآخر،فأيهما أقام البينة على دعواه قضى بما يدعيه لثبوته بالبينة وعدم وجود معارض من الطرف الآخر .

وإن أقام كل منهما بينة على دعواه قبلت بينتها لأنها تدعى خلاف الظاهر . والبينات شرعت لإثبات ما خالف الظاهر ، وما يدعيه الزوج هنا يتفق مع الظاهر ، لأن الشخص يسعى أولاً إلى أداء الواجب في ذمته وهو المهر ثم بعد ذلك يهدى .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكم العرف في الشيء المدفوع ويكون الحكم لمن يشهد له العرف ، فيكون القول قول الزوج مع يمينه فيما لم يجر العرف بأهدائه ، فإذا حلف أحدهما اليمين حكم له بدعواه ، وإن امتنع عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم .

وإن لم يوجد عرف أصلا ، أو اشتبه العرف وتعذر تحكيمه لاحتماله الأمرين

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٤ . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه المعطي وهو أدرى ببيان الوجـــه الذي كان عليه الإعطاء ما لم يكن الذي أعطاه يستنكر في العادة كونه من المهر كالمأكولات مثلاً ، فيكون القول قولها مع اليمين ، لأن الظاهر يشهد لها فيعتبر دليـلاً عند عدم البينة .

وإذا ثبت أن المدفوع من المهر وكان من جنس المهر وقعت المقاصة ، وإن كان من غير جنسه وكان قائماً بيد الزوجة كانت بالخيار بين أن تحتسبـــه من المهر أو ترده إلى الزوج لترجع بكل المهر إن لم تكن قبضته ، أو بباقيـه إن كانت قبضت بعضه .

وإن كان قد هلك أو استهلك في يدها ، فإن كان مثلياً فلها أن ترد مثـــله وتأخذ مهرها ، وإن كان قيمياً احتسب من المهر بقيمته واستوفت الباقي من المهر .

وإذا ثبت أنه هدية لم يحتسب من المهر ولا يجوز استرداده ، لأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة ، وإذا كانت الزوجة قد قدمت لزوجها هدية بنفسها أو قدمها أبوها من مالها بإذنها ، فإن كانت قدمته قبل تقديم الزوج ما تنازعا فيه لا ترجع عليه بشيء لأنها قدمته هدية وهي هبة خالصة لم تقصد بها المعاوضة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة وإن كانت قائمة في يده

وإن كانت قد قدمته له بعد أن قدم هداياه ، فإن صرحت عند الإهداء أنه عوض عما قدمه ظانة أنه هدية أو كان عرف الناس يقضي بأنه عوض رجعت عليه بما أهدته لأنه تبين أنه لم يهب لها شيئاً حتى تعوضه عنه ، حيث رجع عليها واعتبر ما قدمه من المهر .

أما إذا قدم أبو الزوجة هدية من ماله للزوج فانه يرجع عليه بها إن كانت قائمة أو بقيمتها إن كانت هالكة إذا كان دفعها على أنها عوض عن هدية الزوج ،

فان لم يقصد بها التعويض أخذت حكم الهبة من أنه يرجع عليه بها إن كانت قائمة فإن هلكت أو استهلكت لا رجوع لوجود المانع من الرجوع في الهبة ، وهو الهلاك أو الاستهلاك .

المبحث الثاني عشر

في الجهاز ومتاع البيت والنزاع فيهما

الجهاز: ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها . إذا كان بيت الزوجية يضم الزوجين لأول مرة بعد أن دفع الزوج لزوجته مهرها أو المعجل منه ، بحيث لا تستجيب لطلبه إلا بعد قبضه وإعداد المسكن المناسب . فعلى من يكون جهاز البيت الذي يجمعهما ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من يطبق قانون الحقوق الزوجية من أن المهر الذي تأخذه الزوجة ملك خالص لها، وأن على الزوج أن يهيىء للزوجة المسكن الملائم لها قبل أن يطلبها للدخول في طاعته فلم يوجبوا على الزوجة جهازاً ولا غيره، بل جعلوا إعداد البيت فرشه وتأسيسه بكل ما يحتاج إليه على الزوج حتى يكون مسكناً لائقاً بحياة الزوجين .

وما المهر إلا عطاء لازم يدفعه الزوج تقديراً لهذا العقد وإبانة لخطره لتطمئن المرأة إلى هذه الحياة الجديدة .

ومن هؤلاء الحنفية والجعفرية .وعلى هذا الرأي يجري العمل في مصر ولبنان.

فقانون العائلة ينص في المادة – ٨٩ – منه على أن : « المهر مال الزوجة ولا تجبر على عمل الجهاز منه » .

ومن الفقهاء من لاحظ العرف الطارىء على هذه القواعد ، فيوجب على الزوجة تجهيز البيت حسبما تجري به العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها، فإذا لم تقبضه قبل زفافها لا تطالب بالجهاز إلا إذا شرط عليها الزوج ذلك وقبلته ، أو جرى عرف الناس في بلدهما بأن الزوجة تجهز البيت وإن لم تقبض صداقها ، فكأن المهر عندهم يدفع للجهاز حسبما يجري به العرف ، ولذا يختلف مقداره من زوجة لأخرى بقدر ما يطلب الزوج عادة من جهاز .

ومن هنا قرروا أنه لا يجوز لها أن تنفق من مهرها شيئاً على نفسها ولا تقضي به ديناً عليها إلا إذا كانت محتاجة للنفقة، فإنها تنفق منه وتكتسي الشيء القليل بالمعروف [1] .

وإذا كان إعداد الجهاز حقاً على الزوجة ، كان للزوج حق الانتفاع به على الوجه المعتاد وإن لم تأذن الزوجة بذلك .

ويتفرع على الرأي الأول : أن الزوجة إذا زفت إلى زوجها من غير جهاز أو بجهاز قليل لا يتناسب مع ما دفعه من المهر لا يحق للزوج الاعتراض عليه وليس له مطالبتها أو مطالبة أهلها بشيء زائد ، لأنها لا تجبر على ذلك ، فإذا جهزت نفسها بالمهر أو بشيء منه كانت متبرعة .

غير أنه في بعض الحالات قد يدفع الزوج للزوجة مبلغاً من المال زيادة على المهر بقصد إعداد الجهاز أو إعداده على شكل معين . فهل لهذا أثر في الموضوع بحيث يجعل للزوج حق المطالبة بالجهاز أو بجعله على صورة معينة ؟

والحكم في ذلك يختلف حسب الصورة التي دفع بها الزيادة .

---

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٢١ .

فإن كان دفعها بعد الاتفاق على المهر وصرح عند الدفع بأنها للجهاز. ألزمت الزوجة به في حدود هذا المبلغ، وإن لم تفعل كان عليها رد ما أخذته إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة به فترة تدل على أنه رضي بعدم الجهاز، فلا يحق له المطالبة به بعد ذلك.

وإن كان دفعه مع المهر بأن زادها على مهر المثل وقصد به إعداد الجهاز صراحة أو ضمناً بأن دل العرف على ذلك. وفي هذه الحالة يرى بعض الحنفية أنها لا تلزم بشيء لأن المهر مهما زاد حق خالص للمرأة وبهذا يقول الجعفرية.

وذهب البعض إلى أنها ملزمة به فيثبت له حق المطالبه إلا إذا سكت فترة طويلة فيسقط حقه وعلى كل حال فالجهاز الذي تجهزه الزوجة قليلاً كان أو كثيراً يكون ملكاً خالصاً لها، ولزوجها الانتفاع به ما دامت الحياة الزوجية قائمة لوجود إذنها بذلك، سواء كان ما دفعه من المهر مساوياً لمهر المثل أو أكثر منه.

الأب وجهاز ابنته

إذا جهز الأب ابنته البالغة العاقلة من ماله الخاص في صحته وسلمها الجهاز على أنه هبة لها ملكته بالقبض، ولا يجوز له ولا لأحد من ورثته من بعده حق الرجوع عليها بشيء منه، لأن الهبة تمت بتسلمها ويمتنع الرجوع فيها لوجود المانع منه وهو القرابة المحرمية.

ولو مات الأب قبل دفع ثمنه أو جزء منه بعد تسلمها له رجع البائع بالثمن على التركة، وليس للورثة الرجوع عليها لأن الهبة تمت قبل الموت.

أما إذا تسلمته في مرض موته طبق عليه حكم الوصية وهو النفاذ فيما يعادل ثلث تركته إذا لم يكن هناك وصايا أخرى، ويتوقف فيما زاد على الثلث على

إجازة الورثة على ما هو معمول به في مصر والمذهب الجعفري ، وتوقف الكل على الإجازة على ما هو الراجح من مذهب الحنفية .

وإذا كان سلمه لها على أنه عارية كان له الحق في استرداده في حياته ، ولورثته بعد وفاته ، لأن العارية لا تفيد الملك التام .

أما إذا جهز بنته الصغيرة أو من في حكمها وهو في صحته ملكته بمجرد الشراء ولا يحتاج الملك إلى قبض منها ، لأنها في ولاية أبيها ويده كيدها ، ولأن الهبة هنا تتم بمجرد الايجاب .

فلو تسلمته بعد ذلك لم يكن لأحد استرداده منها حق ولو كان التسليم في مرض موته أو بعد وفاته ، فإن كان شراؤه لها في مرض موته أخذ حكم الوصية .

ويلحق بذلك ما تدفعه الأم من أمتعة البيت لابنتها عند الزفاف والأب يعلم ذلك دون أن يعترض ، وكذلك إنفاقها من مال الأب على ما هو معتاد الناس فليس له الرجوع عليها بشيء ولا تكون الأم ضامنة له .

هذا إذا صرح بالهبة أو بالعارية ، أما إذا اشتراه ولم يصرح بأنه هبة أو عارية ، ثم وقع الاختلاف بين الأب وابنته فيقول هو عارية ، وهي تقول في حياتها أو زوجها بعد وفاتها إنه هبة . فالحكم على التفصيل الآتي :

في هذا الاختلاف يعتبر كل منهما مدعياً ، فإن أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بمقتضاها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة فإن وجد عرف رجحت بينة من يدعي خلافه . فإن كان العرف يجري بأن الأب يهب الجهاز لبنته رجحت بينة الأب الذي يدعي العارية ويحكم بها ، وإن كان العرف جرى على أنه يقدمه عارية رجحت بينة الزوجة أو زوجها بعد وفاتها ، ذلك لأن البينات شرعت لإثبات خلاف

الظاهر ، حيث أن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات بالبينة فتكون بينة مدعي الظاهر لغواً والظاهر هنا ما يؤيده العرف .

فإن لم يكن عرف بأن كان بعض الناس يقدم الجهاز عارية والآخر يقدمه هبة تعارضت البينتان ولا مرجح لأحدهما على الأخرى فلا يلتفت إليهما لتساقطهما ، ويكون القول قول الأب مع يمينه لأنه المعطي ، وهو أعلم بصفة تصرفه وإعطائه ، فإن حلف حكم له وإن نكل عن اليمين حكم لها ، وإن عجزا عن إقامة البينة حكم العرف في البلد أو في بيئة الأب ، فيكون القول قول من يشهد له العرف مع يمينه ، فإن شهد أن الأب يدفع الجهاز هبة حكم لها ، وإن شهد بأنه يدفعه عارية حكم للأب .

وإن لم يوجد عرف أو اشتبه الأمر كان القول قول الأب مع اليمين ، لأنه المتصرف وتعيين نوعه يستفاد من جهته .

وهذا التفصيل يجري في الاختلاف الواقع بين أحد الطرفين وورثة الآخر ، أو بين ورثتيهما .

الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت .

يراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز ، أو أدوات منزلية جدت بعد الزفاف .

قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنان فيه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما فيدعي كل منهما ملكيته وفيه ما يصلح للرجال فقط كثيابه وأدوات الرسم والزوج رسام أو أدوات الهندسة أو الطب والزوج مهندس أو طبيب ، وما يصلح للنساء فقط ، كالحلي والملابس التي تلبسها المرأة وأدوات الزينة ، وما يصلح لهما كالمفروشات والأسرة والكراسي والأواني .

ففي هذه الحالة يعتبر كل منهما مدعياً وعلى المدعي إقامة البينة على دعواه ، فإن أقام أحدهما البينة حكم له بها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة رجحت بينة من يدعي خلاف الظاهر ، والظاهر هنا أن ما يصلح للرجـال فقط يكون للزوج ، وما يصلح للنساء فقط يكون للزوجة .

وعلى ذلك ترجح بينة المرأة فيما يصلح للرجال فقط لأنهـا تثبت خلاف الظاهر ، وترجح بينة الرجل فيما يصلح للنساء فقط ، فيحكم بمقتضى البينتين ، وتسقط البينتان فيمايصلح لهما لتعارضهما وعدم المرجح لأحداهما على الأخرى ، ويكون القول فيه لمن يشهد له الظاهر مع يمينه ، والظاهر هنا يشهد للزوج لأنه صاحب البيت فيكون ما فيه ملك له .

فإن حلف حكم له ، وإن امتنع عن اليمين حكم للزوجة ، لأن امتناعـه عن اليمين يعتبر إقراراً منه بدعواها أو تنازلاً منه لها .

وإذا عجزا عن البينة يكون القول قول الزوج بيمينه فيما يصلح للرجـال فقط ، فإن حلف حكم له به ويكون القول قول الزوجة بيمينها فيما يصلح للنساء فقط ، فإن حلفت حكم لها به ، وإن نكل أحدهما أو كلاهما عن اليمين يكون إقراراً منه بدعوى الآخر فيحكم له .

وأما ما يصلح لهما ففي مذهب الحنفية رأيان :

أولهما : لأبي يوسف وهو : أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في العادة ، لأن عرف الناس جرى عـلى أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بجهـاز فيحكم لها منه بجهاز مثلها ، وما زاد على ذلك يحكم به للزوج ، لأن البيت بيتـه ويده هي المتصرفة فيه .

وثانيهما : لأبي حنيفة ومحمد وهو : أن القول للزوج بيمينه ، لأنـه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه ؛ لكن هذا الرأي يترتب عليه إهدار العرف الجاري بين الناس من قديم الزمان . فرأي أبي يوسف أولى بالاعتبار ولا يختلف الحكم عنده بين هذه الصورة وبين ما إذا كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثـة الآخر ، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما [١]

والمذهب الجعفري : يقرر أن ما يصلح للرجال يكون للزوج مع يمينه ، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوجة ، وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع يمينها، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوج ، وما يصلح لهما فهو بينهما فمن أقام بينة منهمـا كان له به فإن لم يكن لأحدهما بينة يحلف كل منهما على أن المتاع له خاصـة ، وبعد التحالف يقسم بينهما مناصفة ، وإن حلف أحدهمـــا وامتنع الآخر عن اليمين أعطي المتاع للحالف

(١) وكذلك عن محمد : لا اختلاف في الحكم بين الصور الثلاث ، ولكن أبا حنيفة يرى أنه عند اختلاف ورثة الزوجين يكون القول قول ورثة الزوجة مع اليمين ، لأن الظاهر يؤيد ورثة الزوجة .

الفَصْـل الـرّابع

في الحق الرابع للزوجة وهو النفقة[1]

وفيه مباحث

المبحث الأول

في التعريف بها ووجوبها وشروط استحقاقها

نراد بالنفقة : ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس .

وقد عرفها محمد بن الحسن لما سأله هشام عنها : « بأنها الطعام والكسوة والسكنى » وهي تجب لها عند الحنفية ومن وافقهم نظير احتباسها لمصلحة زوجها بحكم العقد الصحيح عليها متى كانت صالحة للحياة الزوجية .

---

(١) من مراجع هذا البحث نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٧٢ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢١ وما بعدها ، البدائع جـ ٢ ٥جـ ٣ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي . جـ ٢ ص ٥٠٨ وما بعدها، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٧ ، منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة جـ ٤ص٦٩ وما بعدها ، والمغنى ج ٦ ص ٧٣٦ ، كشاف القناع ج ٥ ص ٤٦٩ وما بعدها ، الفقه على المذاهب الاربعة ج ٤ ص ٥٥٤ وما بعدها ، شرائع الاسلام جـ٢ ص ٤٦ وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٧ ،

وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والأجماع والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى في شأن المطلقات « أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدِكم » الطلاق / ٦ أوجبت الآية على الأزواج إسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم ، وإذاً وجب إسكان المطلقة فأسكان الزوجة أولى بالوجوب . حيث إن زوجيتها قائمة حقيقة وحكما ، والمطلقة لم يبق لها منها إلا أحكامها أو بعضها فقط .

والأمر بالأسكان أمر بالأنفاق لأنها لا تمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة عنه بأصل الخلقة كما يقول صاحب البدائع [1] أو نقول: إذا وجب لها الأسكان وجب لها بقية الأنواع لأنه لا فرق بين نوع ونوع .

على أن الآية أوجبت الأنفاق عموماً للمطلقة الحامل « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » .

وقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها » ففي الآية أمر بالأنفاق وهو مطلق يفيد الوجوب ، حيث لا صارف له عنه .

وأما السنة فقد وردت عدة أحاديث تفيد هذا الوجوب .

منها ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نسائنا ؟ قال « أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن » [2] .

ومنها ما رواه مسلم وغيره من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في

---

(١) ج ٢ ص ٣٣٢ .
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٧٣ .

بحجة الوداع : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وفي رواية « نفقتهن » .

وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] .

فلو لم تكن النفقة للزوجة واجبة على زوجها لما أمرها بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بدون علمه ، لأنه لايجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون وجه حق .

وأما الأجماع : فقد أجمعت الأمة في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المعقول : فإن عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها وتفرغها للحياة الزوجية .فهي تقوم على البيت ورعايته والأولاد وتربيتهم . فهي محبوسة على الزوج وهذا يمنعها من التصرف والاكتساب فوجبت نفقتها عليه ، ومن قواعد الشريعة . أن من حبس نفسه لحق مقصود لغيره ولمنفعته تكون نفقته واجبه على ذلك الغير .

ولهذا المعنى وجب على الدولة نفقات موظفيها الذين حبسوا أنفسهم لمنفعتها بقدر كفايتهم وكفاية من يعولونهم .

سبب استحقاق الزوجة للنفقة وشروط الاستحقاق .

سبب وجوب النفقة للزوجة : هو الزوجية الصحيحة غير أن الوجوب

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٧٤ .

لا يثبت بمجرد العقد [1] كما في وجوب المهر . بل بما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بحيث يتمكن من الانتفاع بثمرات الزواج بأن تسلم نفسها له حقيقة أو حكما بدخولها في طاعته بالفعل أو باستعدادها لهذا الدخول [2] ما لم يوجد مانع شرعي يمنعها من ذلك .

فلو عقد عليها وطلبها للدخول فلبت الطلب وجب لها النفقة ، وإن امتنعت منه لعذر كعدم إيفائها معجل صداقها أو عدم إعداد المسكن اللائق بالزوجية وجب لها النفقة كذلك ، وإن امتنعت بدون عذر فليس لها نفقة .

ويشترط لوجوب النفقة ثلاثة شروط :

اولها : أن يكون عقد الزواج صحيحاً شرعاً .

وثانيها : أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية ليؤدي احتباسها إلى ثمرات الزواج المقصودة منه شرعاً .

وثالثها : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته ، فإذا توفرت هذه الشروط وجبت النفقة لا فرق بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة . وإن لم تتوفر كلها أو بعضها لم يجب لها شيء .

ومن هنا وجبت لها النفقة في حالات وسقطت في حالات أخرى .

---

(١) للجعفرية رأيان أحدهما أنها تجب بمجرد العقد ، وثانيهما : وهو الأظهر عندهم ، انها لا تجب إلا بتمكين الزوجة زوجها تمكيناً كاملا بتخليتها بينها وبين زوجها في كل وقت وفي كل مكان يسوغ فيه الاستمتاع مع ملاحظة أنها لا تجب إلا في الزواج الدائم لا المنقطع . شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦

(٢) الشافعية تجب النفقة بتمكينها له من نفسها أو اخطاره بأنها مستعدة لذلك إذا كان غائباً ،

المبحث الثاني

في أحوال النفقة وجوبها وسقوطها

تجب النفقة في حالات وتسقط في أخرى وإليك التفصيل :

الحالات التي تجب فيها النفقة :

١ – إذا كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت إلى بيت الزوج أو لم تنتقل بالفعل ولكنها لا تمانع فيه لأنه يكفي منها الاستعداد لتسليم نفسها .

٢ – إذا فات على الزوج حقه بسبب منه كما لو كان صغيراً [١] لا يصلح للمعاشرة الجنسية مع صلاحيتها لذلك ، أو كان مريضاً أو معيباً بعيب يمنعه من ذلك كالجب والعنة ، أو كان محبوساً في جريمة أو دين عليه ، وما شاكل ذلك .

٣ – إذا فات عليه حقه بسبب مشروع من جهتها . كما لو امتنعت عن تسليمها نفسها لعدم إيفائها معجل صداقها أو عدم إعداده المسكن الشرعي لها ،

---

(١) المذهب المالكي لا يوجب النفقة إذا كان الزوج صغيراً فيشترط لوجوبها أن يكون الزوج بالغاً . ويقول ابن رشد في بداية المجتهد : إن سبب الخلاف بين الموجبين للنفقة والنافين لوجوبها ، هو الخلاف في النفقة هل وجبت للاستمتاع أو لاحتباسها على الزوج كالغائب والمريض.

وفي المذهب الجعفري رأيان . أحدهما أنه لا نفقة على الصغير للزوجة الكبيرة وهو ما ذهب اليه الطوسي في مسائل الخلاف . والثاني أنها تجب عليه وهو الأشبه كما يقول صاحب شرائع الأسلام ج ٢ ص ٤٦ لكن الشيخ محمد جواد مغنية يرجح القول الأول ، فيقول وهو الصواب ما دام العجز الطبيعي متحققاً من الزوج والصغير غير مكلف . وتكليف الولي لا دليل عليه ولا أقل من الشك في الوجوب فالأصل العدم . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٩ ، ص ٣٢٠ .

أو تركت له بيته بعد دخولها في طاعته لأنه غير أمين على نفسها أو مالها .

الحالات التي لا تجب فيها النفقة أو تسقط فيها بعد وجوبها :

١ - إذا كان العقد باطلا أو فاسداً حتى ولو سلمت المرأة نفسها للرجل الذي عقد عليها ، لأن هذا العقد واجب الفسخ فيكون التسليم بعده غير مشروع فيجب عليها أن يفترقا من تلقاء أنفسهما ، وإلا فرق القاضي بينهما .

ومثل ذلك إذا دخل بامرأة بشبهة من غير عقد عليها ، لأن هذا الدخول غير مشروع فلا يحق للزوج احتباس المرأة فضلا عن أنه لم يسبقه عقد صحيح .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية : أن من عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين فساد هذا العقد بأن ثبت أنها أخته من الرضاع مثلا ، كان له حق إسترداد النفقة ، إذا كانت بفرض القاضي لأنه تبين أن الاحتباس لم يكن مشروعاً حتى تستحق النفقة في نظيرة [1] .

أما إذا كان سلمها النفقة بدون فرض القاضي فأنه لا يرجع عليها بشيء لاحتمال أنه متبرع بها فيرجح هذا الاحتمال لشبه النفقة بالصلة .

بخلاف صورة الفرض لأنه بالقضاء يكون ملزماً بدفع النفقة بناء على كونها مستحقة لها ، فإذا ظهر عدم استحقاقها رجع بما أدى لانتفاء احتمال التبرع

---

(١) ونحن نقول : نعم تبين أن الاحتباس كان غير صحيح فلا تستحق الزوجة في نظيره نفقة ، لكن أفلا يقال : إن الزوجة أخذت النفقة وهي تعتقد أنها حق لها ، وكذلك الزوج دفعها وهو يعتقد وجوبها عليه بناء على اعتقادهما صحة العقد فتكون قد انفقت ما أخذته بسبب مشروع في الظاهر ، فلا يرجع عليها به مطلقاً سواء كان بفرض القاضي أو بغيره ، ولو قلنا إنه يرجع عليها بما بقي منها عندها ولا يرجع عليها بما استهلكته أو انها لا تستحق النفقة المتجمدة لكان موافقاً لما هو مقرر في نظائره . كمن ورث المفقود بناء على حكم القاضي بموته ثم تبين أنه حي فإنه لا يرجع عليه بما استهلكه منه ويرجع عليه بما بقي في يده .

حيث لا يجتمع تبرع وإلزام .

والجعفرية يوافقون الحنفية في ذلك إلا أنهم قالوا : إذا كان الزوج أعطى النفقة بدون فرض القاضي معتقداً أنها واجبة عليه فإنه يحق له الرجوع عليها بما أعطى لأنه لم يكن متبرعاً بما أعطى .

٢ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ولا تصلح لخدمة الزوج ولا مؤانسته لأن احتباسها وعدمه سواء باتفاق الحنفية والجعفرية .

وكذلك إذا كانت لا تصلح للمعاشرة الجنسية وإن صلحت للخدمة أو الائتناس بها عند أبي حنيفة ومحمد والجعفرية ، لأن احتباسها ناقص ، حيث لا يمكن استيفاء المقصود الأصلي من الزواج منها ، ويرى أبو يوسف أن الزوج لو نقلها إلى بيته للائتناس بها وجبت عليه نفقتها ، لأنه رضي بهذا الاحتباس الناقص لما نقلها إلى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة

والفتوى في المذهب الحنفي على هذا الرأي :

٣ - إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق الحنفية ، حيث لا يمكن احتباسها وهو المقابل للنفقة .

أما إذا كان المرض لا يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فالمفتى به في المذهب الحنفي أنه يجب لها النفقة بعد انتقالها بالفعل إلى بيت الزوجة أو عدم ممانعتها في الانتقال وإن لم تنتقل إليه ، لأن المرض طارىء يمكن زواله ، وعقد الزواج عقد للدوام فلا يسقط الحق الدائم بعارض من العوارض لا دخل للزوجة فيه .

هذا إذا كان المرض سابقاً على الزفاف ، فإن جاءها المرض بعده فلا تسقط نفقتها به سواء بقيت في بيت الزوجية أو انتقلت إلى بيت أهلها ما دامت

لا تمانع في الرجوع إليه . لكنها إذا امتنعت من العودة وهي تستطيع ذلك على أي وجه سقطت نفقتها لتحقق النشوز منها في هذه الحالة. ويرى الجعفرية أن مرض الزوجة لا يسقط نفقتها بلا خلاف بينهم[1] .

نفقات العلاج :

وإذا وجبت النفقة للزوجة المريضة غير الناشزة فهـــل يجب على الزوج نفقات علاجها أولا ؟ يرى فقهاء الحنفية أنها لا تجب عليه[2] لأنها ليست من النفقة بل تجب في مالها إن كانت غنية وفي مال مـــن تلزمه نفقتها إن كانت فقيرة إذا لم تكن متزوجة .

وقد يقال: إن عدم الوجوب قد يكون معقولاً إذا كان الزوجان غنيين أو فقيرين ، أو كانت الزوجة غنية والزوج فقيراً . لأنهما إذا كانا غنيين أو هي غنية يمكنها أن تعالج نفسها بدون ضرر يلحقها ، وإن كانا فقيرين فظاهر أنه لا يكلف الزوج بالعلاج وهو لا يستطيع القوت الضروري إلا بجهد كبير ، أما إذا كانت فقيرة وزوجها غني فإن قواعد الإسلام العامة تقضي بإلزامه بمعالجتها ، فإنه يجب على الأغنياء أن يغيثوا المكروب ويعينوا المريض ، فالزوجة المريضة إذا لم يعالجها زوجها الغني وينقذها من كربها فمن يعالجها غيره من الأغنياء ؟

ألم يؤمر الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف ؟ ألم يؤمر بالإحسان إليها ! أمن الإحسان والمعاشرة بالمعروف تركها وهي مريضة لغيره يعالجها ؟

إن قيام الزوج بالعلاج إشعار لزوجته بأنه حريص عليهـــا فتزداد المودة

---

(١) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٢٠

(٢) والشافعية والحنابلة كذلك لا يوجبون على الزوج نفقات العلاج ، والمالكية في المشهور عندهم ، ولكن بعض علمائهم يذهب إلى أنه يفارض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفارض لها وهي سليمة من المرض .

بينها ، وعلى العكس من ذلك تركها لغيره يعالجها فأنـــه لا يترك في نفسها إلا الألم والحسرة .

وإذا كان وجوب النفقة للأبقاء على حياتها . فحاجتها إلى العلاج أشد مـــن حاجتها إلى الطعام والشراب .

هذا ويرى بعض [1] فقهاء الشيعة أن الدواء إذا كان من النوع الذي تكثر الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج، وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع وتحتاج إلى مـــال كثير فليست من النفقة في شيء ولا يلزم بها الزوج .

وهو تفصيل حسن : وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري والعراقي بما يقرب من هذا .

٤ - إذا تركت الزوجة بيت الزوجية وخرجت من الطاعة أو أبت أن تنتقل إليه بدون مبرر شرعي ، لأنها تعتبر ناشزة ، وبالنشوز تسقط النفقة ، لأنه لا يتصور احتباس معه [2] .

ومثل ذلك في الحكم ما إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذي يقيم معها فيه دون سابق إنذار له بطلب نقلها إلى بيت له وترك هذا البيت لتنتفع به في غير السكن .

وهذا السقوط مغيا بمدة النشوز فإن عادت إلى الطاعة عاد حقها في النفقة ولا حق لها في المطالبة بنفقتها عن فترة نشوزها .

---

(١) وسيلة النجاة لأبي الحسن الجعفري .

(٢) والنشوز عند الحنفية يتحقق بتفويتها الاحتباس فقط ، فان تحقق الاحتباس وان لم تمكنه من نفسها فإنها تستحق النفقة . والمذاهب الأخرى أنها بمنعها نفسها منه بدون مبرر شرعي تسقط نفقتها .

بل قرر فقهاء الحنفية أن نفقتها السابقة على النشوز التي لم تستوفها قبله تسقط بهذا النشوز ولو كانت مفروضة بأمر القاضي ، ولا يستثنى من ذلك إلا مقدار ما استدانته فيها بإذن الزوج أو القاضي فانه لا يسقط بنشوزها .

وقد نص قانون حقوق العائلة على أن النشوز مسقط للنفقة في المادة – ١٠١ – ونصها « إذا تركت الزوجة بيت زوجها بدون سبب مشروع وذهبت منه أو كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول إليه قبل طلب نقلها لبيت آخر تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشوز » .

٥ – إذا أخذها إنسان كرهاً وحال بينها وبين زوجها فترة من الزمان سقطت نفقتها لفوات الاحتباس على الزوج بأمر لا دخل له فيه .

وفي رواية عن أبي يوسف أنها تستحق النفقة ، لأن المانع من الاحتباس ليس من جهتها ، والفتوى في المذهب بالقول الأول ، لأن فوات الاحتباس وإن لم يكن بسبب من جهتها فهو ليس من جهة الزوج حتى يجعل الاحتباس قائماً حكماً .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت تستطيع تخليص نفسها وبين ما إذا كانت لا تستطيع ذلك ، ففي الحالة الأولى تسقط نفقتها لفوات الاحتباس من من جهتها ، وفي الثانية لا تسقط ، لأنها لم تتسبب في تفويت حق الزوج فلا تستحق هذا العقاب .

٦ – إذا حبست الزوجة ولو ظلماً بسبب ليس من جهة الزوج سقط حقها في النفقة لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته .

وعن أبي يوسف أنها إذا حبست بعد الزفاف لا يفوت حقها في النفقة لأنها معذورة في ذلك بعد ثبوت حقها في النفقة بالزفاف .

أما إذا كان الحبس لحق الزوج فلها النفقة باتفاق الحنفية[1]، لأنه هو الذي فوت على نفسه الحق في الاحتباس .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا حبست بدين لغير الزوج تقدر على إيفائه سقطت نفقتها مدة الحبس ، أما إذا حبست بدين للزوج أو حبست بدين لغيره لا تقدر على إيفائه فلا تسقط نفقتها لأنها فوتت حق الزوج في الأول ، وفي الثاني الزوج هو الذي فوت حقه أو هي عاجزة عن الوفاء به فتعذر .

٧ – إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم منها قبل الزفاف وبعده أي سفر كان ولو للحج فلا نفقة لها ، لأنها فوتت حق الاحتباس على الزوج ، ولأنها عاصية بهذا السفر الذي لم يصحبها محرم فيه .

أما إذا سافرت بعد الزفاف للحج مع محرم منها كأبيها أو أخيها فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد لتفويتها حق الزوج .

ويرى أبو يوسف والجعفرية والحنابلة . أنهـــا لا تسقط نفقتها ، لأن أداء الفريضة ضرورة دينية يغتفر معها فوات الاحتباس .

وإذا سافر معها الزوج فلها النفقة بالاتفاق لتحقق حق الاحتباس في هـــذه الحالة ، والنفقة الواجبة هنا نفقة الأقامة لا السفر إلا إذا كان الزوج هو الذي أراد السفر ابتداء ودعاها للسفر معه فأنه يجب لها نفقة السفر .

سفر الزوج بزوجته

إذا كان سفر الزوجة يسقط نفقتها ، فهل تسقط نفقتها إذا امتنعت عـــن

---

(١) يقول الحلي في شرائع الأسلام ج ١ ص ٤٦ : لو سافرت بإذن الزوج لم تسقط نفقتها سواء كانت في واجب أو مندوب أو مباح . وكـــذا لو سافرت في واجب بدون أذنه كالحج الواجب .

السفر مع زوجها إذا أراد ذلك ؟

اختلفت الآراء في المذهب الحنفي في هذه المسألة .

فبعضهم يرى أنه ليس له السفر بها بدون رضاها ، لأن السفر مظنه الضرر يلحق بالمرأة حال غربتها وبعدها عن أهلها . وعلى ذلك لا تسقط نفقتها بامتناعها عن السفر .

ويرى فريق آخر أنه ليس لها الامتناع عن السفر ما دام الزوج قد أوفاها معجل صداقها . فإذا امتنعت سقط حقها في النفقة لأنها تعتبر ناشزاً .

وبعضهم فصل في المسألة . فقد يكون في سفرها ضرر يلحقها . كأن يكون غير أمين عليها وتخشى الغربة ، وقد يكون سفرها مع زوجها لازماً لضرورات الحياة . كالموظف في جهة بعيدة عن وطن الزوجة أو له مال يستثمره هناك ولا يصلح إلا بمباشرته بنفسه فإذا لم تسافر يتضرر . فيفوض الأمر للقاضي يقدره ، فإذا وجد أن سفرها يلحق بها الأذى أو قصد به الزوج الكيد لها لا تسقط نفقتها بالامتناع عنه .

وإذا لم يكن فيه ضرر عليها ويلحق الزوج منه الضرر وكان قد أوفاها حقها في معجل صداقها ألزمها بالسفر . فإن امتنعت سقط حقها في النفقة .

وقد استقر العمل في مصر على أن الزوج له حق السفر بزوجته إلى أي بلد متى توفرت الأمور الآتية :

١ ـ أن يكون الزوج أوفاها معجل صداقها .

٢ ـ أن يكون أميناً على نفسها ومالها .

٣ ـ ألا يقصد من السفر الأضرار بها أو الكيد لها .

ومذهب الجعفرية في ذلك لا يخرج عن هذا .

٨ - الزوجة المحترفة : إذا كانت الزوجة تحترف عملا يضطرها إلى أن تكون خارج بيت الزوجية طول النهار أو أكثره أو الليل كله أو أكثره ثم ترجع إليه بعد فراغها منه . كالموظفة أو المحامية أو الطبيبة فهل تسقط نفقتها بذلك ؟

إذا كان ذلك برضا الزوج فلا تسقط نفقتها ، لأنه برضاه قد أسقط حقه في الاحتباس الكامل واكتفى منه بالناقص .

أما إذا كان بدون رضاه وموافقته بأن شرط عليها ترك عملها عند عقد الزواج ولم توف بهذا الشرط سقطت نفقتها ، لأنها فوتت بذلك حقه في الاحتباس الكامل الذي تستحق النفقة في نظيره .

وكذلك لو رضي به أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل لما يترتب عليه من اضطراب الحياة الزوجية ولم تجبه إلى طلبه سقطت نفقتها ما دام الزوج عنده القدرة على متطلبات الحياة ، لأن رفضها طلبه يعتبر نشوزاً منها ، والناشزة لا تستحق النفقة ، أما إذا كان عملها في بيتها كالخياطة أو القراءة والتأليف مثلا بحيث لا يعطلها عن القيام بواجبات الزوجية فلا يسقط حقها في النفقة .

٩ - إذا ارتدت الزوجة بأن خرجت عن الأسلام سقطت نفقتها ، لأن ردتها ترتب عليها فرقة جاءت من قبلها فأبطلت نفقتها .

فإذا تابت وأسلمت وهي في العدة فإن نفقتها لا تعود . بخلاف الناشزة ، لأن بردتها بطلت نفقتها بالفرقة . ومتى بطلت لا تعود ، أما النشوز فهو أمر عارض لا يبطل النفقة وإنما تسقط مؤقتاً فإن عادت عادت النفقة .

المبحث الثالث

في تقدير نفقة الزوجة وما يجب مراعاته فيه

قلنا إن نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والخدمة وكل ما يلزم الزوجة في معيشتها حسب العرف وهذه النفقة بأنواعها قد يقوم بها الزوج من غير طلب منه فيقدم لزوجته الطعام والكسوة ويهيء لها المسكن بكل ما يحتاج إليه . وهو الاصل في النفقة وتسمى **نفقة التمكين** ، فإن فعل ذلك لم يكن لها أن تطلب فرض نفقته لها ، لأنه مكنها من كل ما وجب لها ، وإن لم يفعل كان لها أن تطلب فرضها ، ويجب عليه إجابة طلبها . فإن قدرها وتراضيا على ذلك انتهى الأمر ، وإن لم يفعل أو قدر لها ما لا ترضى به كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وعليه إجابة طلبها – متى ثبت عنده صحة دعواها – ويقدر لها النفقة بأنواعها ، وهذه هي نفقة التمليك . لأنه يملكها ما وجب لها وهي تتصرف فيه .

---

(١) المذهب الشافعي يرى أن تقدير نفقة الطعام والكسوة على حسب حال الزوج فقط . أما المسكن فيفرض على حسب حال الزوجة لا بحسب حال الزوج ، والفرق بينهما ، أن الأطعام والكسوة يعتبر فيها التمليك لأن الزوج يملكها إياها وهو لا يملك إلا ما يقدر عليه ، أما المسكن فالمعتبر فيه المتعة إذ الزوج لا يملك زوجته المسكن وهو ملزم بأن يمتعها حسب حالها . والحنابلة يوافقون الشافعية في المسكن ويخالفونهم في الطعام والكسوة فانه يعتبر حالهما معاً . المذاهب الأربعة جـ ٤ ص ٥٦٣ وما بعدها ، وأما المالكية فكما جاء في الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥٠٩ أن النفقة على عادة أمثالها فان تساويا فالأمر ظاهر ، وإن كان فقيراً لا قدرة له إلا على قدر أدنى الكفاية فالعبرة بوسعه فقط ، وإن كان غنياً ذا قدر وهي فقيرة أجيبت لحالة أعلى من حالها ودون حاله ، وإن كانت غنية ذات قدر وهو فقير إلا أن له قدرة على أرفع من حاله ولا قدرة له على حالها رفعها بالقضاء إلى الحالة التي يقدر عليها .

ويجب عليه عند التقدير مراعاة الأمور الآتية :

١ — حالة الزوج المالية يساراً وإعساراً بقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة . فإن كان الزوج موسراً فرض لها نفقة اليسار ولو كانت الزوجة فقيرة، وإن كان معسراً فرض لها نفقة بقدر ما يستطيعه ولو كانت الزوجة موسرة ، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطاً بين نفقة الموسرين والمعسرين .

وهذا قول صحيح في مذهب الحنفية وهو مذهب الشافعية وعليه يجري العمل في مصر . كما نصت المادة — ١٦ — من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ [١].

وهو الذي صرحت به النصوص الشرعية من قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها» الطلاق — ٧ .

وقول رسول الله ﷺ للأزواج « أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون » ولأن الزوجة الموسرة لما تزوجت المعسر أقدمت على ذلك وهي راضية بما يقدر عليه من النفقة ، وعلى هذا سار قانون الأحوال الشخصية في سوريا في المادة — ٧٦ — والجعفرية في المعتمد عندهم [٢] أن تقدير النفقة يراعى فيه حال الزوجة وحدها فتفرض لها نفقة اليسار إن كانت موسرة ولو كان الزوج معسراً ، ونفقة الإعسار إن كانت معسرة ، ونفقة الوسط إن كانت متوسطة الحال ، وأن على الزوج أن يؤدي ما يقدر عليه والباقي يكون ديناً في ذمته يلزم بدفعه إذا أيسر ، لأن الزوج عندما يتزوج رضي بما رتبه عقد

---

(١) ونصها « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » وفي المذكرة الايضاحية . أنه مأخوذ من مذهب الشافعي ومن قول صحيح في مذهب الحنفية .

(٢) يقول الحلي في شرائع الاسلام جـ ٢ ص ٤٦ : قدر النفقة . القيام بما تحتاج إليه المرأة من طعام وكسوة وإسكان وخدمة وآلة الأدهان تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد .

الزواج عليه من واجبات ، ومنها الأنفاق عليها وفقاً لحالتها المالية وإلا لما أقدم على الزواج بها .

فيكون المعمول به في المحاكم الجعفرية بلبنان في تقدير النفقة هو اعتبار حال الزوجة فقط ، أما المحاكم السنية فان العمل بها يجري وفق قانون العائلة ، وهو يوجب تقديرها حسب حال الزوجين كما نصت عليه المادة ـ ٩٩ـ إذ تقول:

« إذا امتنع الزوج الحاضر عن الأنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب ويأمر باعطائها سلفاً عن المدة التي يعينها » .

وهذا رأي صحيح في مذهب الحنفية ، وقد كان يجري العمل عليه في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وعلى هذا الرأي سار قانون الأحوال الشخصية في العراق فنصت مادته - ٢٧ - على أنه « تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً » .

٢ - أن يراعي حالة الزوج من جهة قدرته على الدفع فيتبع ما هو أيسر عليه.

فان كان من أصحاب الدخل اليومي كعمال اليومية قدرها عليه يومياً ، وإن كان ممن يأخذون أجرهم كل أسبوع قدرها عليه كل أسبوع ، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كالموظفين فرضها عليه كل شهر ، وإن كان من الزراع قدرها عليه حسب مواسم الحصاد .

هذا ما قرره الفقهاء تيسيراً على الأزوج في الدفع ، ولكن العمل يجري في المحاكم الآن على تقدير نفقة الطعام والسكن كل شهر . والكسوة كلّ ستة أشهر على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين واحدة في الشتاء وأخرى للصيف .

وإن كان بعض القضاة يفرضها مبلغاً شهرياً للأنواع الثلاثة .

٣ ـ حالة الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً ، لأن ما يفرض لها ما هو إلا ثمن لما يلزمها من حاجيات ، فإذا لم يراع الأسعار وقت الفرض لحق الضرر بأحد الزوجين .

تعديل التقدير

وإذا كانت مراعاة حالة الزوج وحالة الأسعار واجبة عند الفرض لئلا يضار أحد الزوجين فيجب مراعاة ذلك بعد الفرض عند التغيير الطارىء على أحدهما ، فإن تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو بالعكس فرضت النفقة من جديد حسب الواقع ، وكذلك عند تغير الأسعار من الرخص إلى الغلاء أو العكس .

وهذا طبعاً يكون عند مطالبة من يلحقه الغبن أو الضرر من الزوجين من التقدير الأول ، فللزوجة أن تطلب زيادة النفقة إذا ما ارتفعت الأسعار أو تغير حال الزوج إلى الأحسن ، وللزوج أن يطلب تخفيض النفقة إذا ما انخفضت الأسعار عن وقت الفرض أو تغير حاله من اليسر إلى العسر ، وعلى القاضي أن يجيب الطالب منهما متى ثبت عنده صحة دعواه فيعدل التقدير السابق

وعليه أيضاً أن يستجيب لطلب التعديل من أحد الطرفين إذا ما تبين له أنه أخطأ في تقديره الأول ، وعلى هذا يجري العمل في مصر والمحاكم السنية في لبنان حيث تنص المادة ـ ٩٢ ـ من قانون حقوق العائلة على « أن النفقة المقدرة يجوز تزييدها وتنقيصها بتغير الأسعار أو بتبديل أحوال الزوجين عسراً ويسراً ويتحقق أنها أقل أو أكثر من قدر الكفاية » .

أما الجعفرية فقد سبق أن التقدير عندهم يراعي فيه حال الزوجة فقط في

أول أمرها . ولا يتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً وإعساراً ولكنه يتغير بتغير الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً .

المبحث الرابع

في تفصيل أنواع النفقة

النوع الأول « الطعام »

يجب للزوجة منه ما يكفيها وبما أنها تعيش مع زوجها في بيت واحد وهو وهو يتولى الأنفاق عليها ويحضر لها ما تحتاجه . فإن قدم لها الطعام الكافي فلا داعي لتقديره وليس لها أن تطلب ذلك ، فإن امتنع عن إطعامها أو قصر فيه فلها الحق في أن تطلب منه تقديراً معيناً لتقوم بنفسها بشراء ما تحتاجه ، ويجب عليه إجابة طلبها ، فإن امتنع رفعت أمرها إلى القاضي ليقدر لها كفايتها حسب حال الزوج المالية ، وله أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بأحضارها أو يقدر لها مقداراً من النقود لتشتري هي به ما تحتاج إليه. وهو أيسر وأضبط ولذلك تسير المحاكم عليه .

النوع الثاني « الكسوة »

يجب على الزوج كسوة زوجته بعد العقد الصحيح وتوفر شروط وجوب النفقة بتسليم الزوجة نفسها أو استعدادها لذلك .

فإذا أحضر لها ما تحتاج إليه من ثياب حسب حالته المالية والاجتماعية كما هو المعمول به في مصر ، أو حسب حالتها ومنزلتها كما هو مقرر عند الجعفرية ،

أو على حسب حالتهما معاً كما سار عليه قانون حقوق العائلة ملاحظاً فيه عرف البلد الذي يعيش فيه الزوجان وجب على الزوجة قبولها .

وإن امتنع أو قدم لها ما لا يليق بها في الحدود السابقة كان لها أن ترفع الأمر للقاضي وعليه أن يفرض لها مبلغاً من المال كل ستة أشهر [1] أو كل شهر مع ما يفرضه من الطعام كما يجب عليه أن يعيد التقدير من جديد إذا تبين خطؤه في التقدير الأول متى طلبه من وقع عليه الغبن منهما .

النوع الثالث « المسكن »

إذا كانت النفقة لا تجب للزوجة إلا بدخولها في طاعة زوجها أو استعدادها لذلك فمن لوازم ذلك أن يعد لها مسكناً شرعياً للأقامة فيه .

فإن أعده وكان ملائماً أقامت الزوجة فيه ، وإن امتنع أو أعد لها مسكناً غير لائق كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بإعداد المسكن اللائق أو يفرض لها مبلغاً من المال كل شهر مراعياً فيه ارتفاع الأسعار وانخفاضها .

والمسكن الشرعي هو ما يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ، ويراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسار وأعسار ووضعه الاجتماعي [2] عند من يرى أن النفقة تكون حسب قدرة الزوج وحده وهو المعمول به في مصر ، أو حالة الزوجة ووضعها الاجتماعي عند من يرى أن النفقة تقدر حسب حالة الزوجة كما هو مذهب الجعفرية .

---

(١) لأن الفقهاء قرروا أن الواجب الأصلي في الكسوة كسوتان في كل سنة إحداهما الصيف والأخرى للشتاء ولايجب غيرها إلا أذا ثبت عدم كفايتهما .

(٢) أي أن يكون المسكن مما يسكن فيه أمثاله سواء كان بيتاً مستقلا أو غرفة من بيت إذا كان له قفل خاص ومرافق خاصة .

أو ملائماً لحالتهما معاً كما سار عليه قانون حقوق العائلة .

والقول الأول هو الموافق لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » الطلاق ٦ ، وأن تتوفر فيه بعد ذلك حياة الاستقرار والراحة . بأن يكون في مكان آهل بالسكان وسط جيران صالحين مأمونين ، فلا يسكنهـا في مكان موحش لا جيران لها فيه ، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها .

فإن فعل ذلك كان لها الحق في طلب النقلة إلى مسكن آخر ، وعلى الزوج إجابتها إلى طلبها وإلا أمره القاضي بذلك إذا رفعت أمرها إليه وتأكد من صحة دعواها .

وإذا كان المسكن مستوفياً للشروط السابقة لكنه يجاور مسكن زوجته الأخرى فلا يكون مسكناً شرعياً ، لأن اجتماعها مع ضرتها في شقة واحدة إيذاء لها . وقربها منها إذا كانا في شقتين من دار واحدة مظنة إيذائها ، وكلا الأمرين غير جائز شرعاً .

أما إذا كان يجاور مسكناً آخر لأقاربه كأمه أو أخته فإنه يكون مسكناً شرعياً إلا إذا ثبت أنهم يؤذونها بالقول أو بالفعل .

وإذا أعد لها المسكن المطلوب فليس له أن يسكن معها أحداً من أقاربه بغير رضاها لأنها غالباً تتضرر من ذلك ، فقد يكون قريبه غير مؤتمن تخشى منه على نفسها ومالها ، وإذا كان أميناً فقد يكون وجوده مانعاً لها من معاشرة زوجها على وجه مرض .

ولا يستثنى من ذلك إلا ابنه الصغير غير المميز من زوجة أخرى فإنه يباح له إسكانه معها بدون رضاها عند الحنفية ، لأن مثل هذا الصغير لا يخشى منه على نفسها أو مالها كما لا يفوت بوجوده تمام العشرة الزوجية .

وشرط الجعفرية في ذلك عدم تضررها به وأن يكون متفقاً مع عادة أمثالها .

وكما لا يجوز للزوج إسكان أحد أقاربه معها بدون رضاها كذلك لا يجوز لها إسكان أحد من أقاربها بغير رضا الزوج ولو كان ابنها الصغير من غيره ، لأن البيت بيته وليس لها إلا حق السكن . والزوج غير مكلف بإسكان ابنها .

النوع الرابع « نفقة الخادم »

إذا كان الطعام والكسوة والمسكن أموراً واجبة لكل زوجة فإن الخادم يختلف عنها لأنه ليس كل زوجة تخدم ، فيجب على الزوج في بعض الحالات ولا يجب في بعضها الآخر .

فإذا كان الزوج معسراً فلا يجب عليه إحضار خادم لزوجته ولا يكلف بنفقته ، لأنه يجب عليه نفقة الضرورة والخادم ليس ضرورياً .

وكذلك إذا كانت الزوجة من قوم يخدمون أنفسهم فلا يجب عليه نفقة خادم . لكنه إذا تبرع به وهو يقدر عليه كان حسناً .

أما إذا كان الزوج موسراً والزوجة ممن لا يخدمن أنفسهن فعليه إحضار خادم ويلزم بنفقته ، لأن نفقة الخادم حينئذ من مكملات نفقات الزوجية ، فإن امتنع عن ذلك فرض القاضي لها أجراً لخادمها .

هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية ، [1] ولكنهم اختلفوا في وجوب نفقة أكثر من خادم .

---

(١) الشافعية يجب عليه أن يأتيها بخادم أذا كانت ممن لا يخدم نفسها ولو كان معسراً وإلا فلا يجب عليه إلا إذا كانت مريضة أو هرمة وإن لم تكن ممن يخدم عادة ، والحنابلة يجب إذا كانت ممن لا يخدم نفسها ويلزمه نفقة الخادم بحسب ما يليق بالخدم ، والمالكيه . إذا كانت المرأة لا تخدم نفسها أو كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لا يصح لامرأته أن تخدم نفسها فانه يفرض عليه خادم لها أو أكثر إذا كان يستطيع ذلك فان لم يستطع وجب عليها خدمة المنزل ، وعليه أن يساعدها بنفسه في أوقات فراغه من عمله . الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥١٠ .

فأبو حنيفة ومحمد والجعفرية لا يلزمه إلا خادم واحد ، لأن الحاجة تندفع به والزيادة عليه ترف ، ويرى أبو يوسف أنه يجب عليه نفقة خادمين أو أكثر إذا كان الزوج موسراً واقتضت حاجة الزوجة ذلك .

والفتوى على قوله ، لأنه الموافق للعرف الذي يسير مع حاجة الناس . فمنهم من يكتفي بخادم واحد ، ومنهم من يحتاج إلى أكثر . ومع تعارف الناس واقتضاء الحاجة لا يكون ذلك ترفاً ، هذا الخلاف فيما إذا لم يكن للزوجة أولاد فإن كان لها أولاد فإنه يفرض عليه أكثر من خادم اتفاقاً. يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير [١] « لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد تفرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر اتفاقاً » .

المبحث الخامس

في امتناع الزوج عن أداء النفقة وما يتخذ معه من إجراءات

إذا امتنع الزوج من أداء ما فرضه على نفسه أو فرضه القاضي عليه . فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلم للزوجة ثمنه لتنفق منه على نفسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره كان للقاضي أن ينذره ويؤنبه على مماطلته

فإن طلبت الزوجة حبسه أجابها وقضى بحبسه عقوبة له على مطله ، ولا يمنعه الحبس من أن يبيع ما ظهر من ماله ليوفي الزوجة حقها ، لأنه ليس عوضاً عنها بل هو وسيلة لحمله على الأنفاق .

---

(١) جـ ٣ ص ٣٢٩ .

وليس للحبس مدة مقررة ، وإنما تقديره مفوض للقاضي لاختلاف ذلك باختلاف الناس وإن كان روي عن أبي حنيفة أن أدنى مدته شهر وأقصاها ثلاثة أشهر . وروى غير ذلك والعمل يجري في مصر على أن لا يزيد عن ثلاثين يوما .

فالمادة ٣٤٧ من القانون ٧٨ لسنه ١٩٣١ تنص على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به لامرأته ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويلاحظ أنه لا يحبس في دين واحد أكثر من مرة لعدم الفائدة في الحبس الثاني .

فإذا أعطى كفيلا بالنفقة لا ينفذ عليه الحبس كما لا يحبس الكفيل بل ينفذ حكم النفقة في ماله بالطرق الاعتيادية ، ولا يحتاج هذا التنفيذ إلى حكم جديد على الكفيل بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة أمام موظف رسمي .

وإن كان المحكوم عليه بالنفقة محجوراً عليه فيطالب وليه بأدائها من مال الزوج ، فإذا امتنع عن الأداء حكم عليه بالحبس إن كان للمحجور عليه مال يمكن استيفاء النفقة منه ، أما إذا كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً وليس له كسب أو له مال لا يكفي إلا حوائجه الأصلية وطلبت الزوجة حبسه لا يجيبها القاضي إلى طلبها ، لأنه ليس ظالماً حتى يعاقب بالحبس ، ولأنه لا فائدة ترجى من وراء حبسه كما في حبس الموسر .

فالحبس في نفقة الزوجة لا يكون إلا إذا توافر شرطان

١ – أن تكون النفقة قد قدرت ومضى على تقديرها زمن دون أن يقوم بأدائها فتكون ديناً في ذمته .

٢ – أن تثبت قدرة الزوج على أداء النفقة .

وإذا لم يحبس فللزوجة طريق آخر تسلكه ، هي أن تستأذن القاضي في الاستدانة على الزوج وعليه الأذن لها ، فإذا لم تجد من تستدين منه كان على قريبها الذي تلزمه نفقتها – لو لم تكن متزوجة – أعطاؤها ما فرضه القاضي ويكون ديناً على الزوج يطالبه به إذا أيسر ، فإذا امتنع قريبها مع قدرته عن إعطائها جاز للقاضي بعد إنذاره وتهديده – أن يحكم عليه بالحبس حتى يعطيها النفقة ، وفي حالة الاستدانة من القريب يرجع على الزوج فقط . ومن الأجنبي كان بالخيار في الرجوع على الزوج أو الزوجة .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة . فالمادة ٩٦ منه تنص على أنه « إذ عجز الزوج عن الأنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن تكون ديناً بذمة الزوج ويأذن الزوجة بأن تستدين باسمه » .

والمادة ٩٨ تنص على أنه « في الحالات التي تكون الزوجة المعسرة مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم بموجب المواد السابقة ينظر من تلزمه نفقتها إذا كانت ليست بذات زوج فيلزم بأقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط ، أما إذا استدانت من أجنبي فالدائن مخير إن شاء طلب من الزوجة وإن شاء من الزوج »

وفي حالة إعسار الزوج . هل للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لعجزه عن الأنفاق ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها .

فالحنفية والجعفرية يذهبون إلى أنه ليس لها هذا الحق ولو طلبته لا يجيبها القاضي إلى ما طلبته لأن العجز عن النفقة أمر عارض يمكن زواله . وهو وإن كان فيه ضرر على الزوجة ، إلا أنه يمكن تداركه بالأذن لها بالاستدانة عليه .

أما التفريق ففيه ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه أو علاجه . فهنا تعارض ضرران ، والقاعدة المقررة أنه يرتكب أخفهما .

والأئمة الثلاثة يذهبون إلى أن للقاضي أن يفرق بينهما لهذا العجز [1] والأعسار كماله أن يفرق بينهما لامتناعه عن الأنفاق مع قدرته عليه .

وعلى هذا يجري العمل في مصر بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، بعد أن كان العمل بمذهب الحنفية قبل صدوره .

وإذا فرق بينهما كان الطلاق رجعياً للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة بشرط أن يثبت قدرته على الأنفاق إذا كان التفريق بسبب الأعسار ، أو يثبت استعداده للأنفاق إن كان التفريق بسبب امتناعه عن الأنفاق مع قدرته على ذلك .

---

(١) المراد بالعجز عن النفقة هنا العجز عن أقل الكفاية الذي تقوم به الحياة من طعام وكسوة ومسكن لا العجز عن النفقة المفروضة . وأن يكون العجز عن النفقة الحالة والمستقبلة أما العجز عن النفقة المتجمدة فلا فسخ به بالاتفاق ، وبعض المذاهب يشترط في جواز الفسخ ألا تكون عالمة بعجزه حين العقد ، وبعضها لا يشترط ذلك لاحتمال أنها رضيت به على أمل أن يتكسب وتتيسر حاله .

المبحث السادس

في نفقة زوجة الغائب

المراد بالغائب هنا من يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لمخاصمته في النفقة التي تطالب بها زوجته سواء كان ذلك بسبب سفره أو باختفائه في البلد الذي تقيم فيه زوجته .

إذا غاب الزوج بهذه الصورة وطلبت زوجته من القاضي أن نفرض لها نفقة عليه .

فالحكم عند الحنفية يتلخص في أنه : إذا ترك مالا ظاهراً [1] من جنس ما تقدر به النفقة كالنقود والحبوب وكان تحت يد الزوجة كان لها أن تأخذ منه مقدار نفقتها بالمعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضي ، لأن قضاء رسول الله في قصة امرأة أبي سفيان ماض إلى يوم القيامة .

وإن لم يكن تحت يدها بل كان عند غيرها وديعة أو ديناً في ذمته وطلبت الزوجة فرض النفقة فيه أجابها القاضي وأمر من عنده المال إيفاءها مقدار النفقة إذا كان من عنده المال معترفاً به وبالزوجية أو كان القاضي يعلم بهما بلا خلاف .

فإن لم يكن معترفاً بهما أو بأحدهما ولا علم للقاضي بهما فإن أثبتت المرأة

---

(١) المراد بالمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة بمقتضى لائحة التنفيذ . والطرق المعتادة هي أن يبدأ بالتنفيذ من النقود إن كانت موجودة ثم على المنقولات ثم على العقار عند عدم المنقولات أو لم يكف ثمنها في سداد المبلغ المطلوب منه .

زوجيتها بالبينة مع ملكيته لذلك المال أجابها القاضي إلى فرض [1] النفقة فيه على الراجح من المذهب وهو قول زفر ، لكنه قبل الحكم يستوثق من صدق المرأة في دعواها فيحلفها اليمين بأن زوجها لم يعجل لها النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلا بالنفقة . حتى إذا تبين كذبها وعاد زوجها رجع عليه أو عليها بما أخذته

فإذا امتنعت عن اليمين وتقديم الكفيل لا يحكم لها بالنفقة .

أما إذا كان ماله الظاهر ليس من جنس النفقة كالعقارات والحيوانات فإن القاضي يفرض لها النفقة ولا يبيع شيئاً من ماله [2] ولكنه يأمرها باستيفائها من أجرة ما يؤجر من ذلك المال .

وإن لم يكن له مال أصلا فرض لها النفقة وأذن لها بالاستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين السابقة ويأخذ منها كفيلا بالنفقة المفروضة .

فإن لم تجد من يدينها أمر القاضي قريبها الذي تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بإدانتها .

فإذا طلبت منه تطليقها منه لأعساره لا يجيبها إليه لما سبق بيانه .

والمذهب الجعفري يقرر أنه يفرض لها النفقة إذا أثبتت دعواها بالبينة في ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها وتأخذها منه إن كان من جنسها ، ويباع منه ما يكفي للنفقة إذا لم يكن من جنسها ، ويحلفها يمين

---

(١) والحكم هنا بالنفقة بناء على بينتها ليس حكما بالزوجية بل لمجرد إعانتها على الوصول إلى ما تعيش به .

(٢) أما عند أبي حنيفة فلأنه لا يجوز بيع مال المدين الحاضر جبراً عنه لسداد دينه وأما الصاحبان وإن جوزا بيع مال المدين الحاضر الممتنع عن أداء دينه فالغائب لا يعلم امتناعه عن أداء دينه فلا يباع ماله لسداد دين النفقة .

الاستيثاق ويأخذ منها كفيلا ، وفي حالة ما إذا لم يكن له مال ولا يوجد من ينفق عليها وطلبت فسخ الزواج أجلها الحاكم أربع سنوات وتحرى عنه فإن لم يعرف خبره طلقها الحاكم أو ولى الزوج ثم تعتد عدة الوفاة .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان

كان العمل بمصر يسير على الراجح من مذهب الحنفية وهو ما قدمنا لأنه يجمع بين مصلحة الزوجين معاً ولا يلحق بأحدهما ضرر . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقرر في مادته الخامسة : أن نفقة زوجة الغائب تؤخذ من ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو لا ، فيباع منه مقدار ما يوفى بها .

فإن لم يكن له مال ظاهر وطلبت الزوجة تطليقها لعدم استطاعتها الحصول على نفقتها أجابها إليه على تفصيل سيأتي موضعه واليك نص تلك المادة .

« إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة في ماله . فإن لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للأنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي . وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة »[1]

---

(١) الفرق بين المعمول به وبين مذهب الحنفية الذي كان معمولا به يظهر في أمرين :

أولهما : أنه يباع من ماله ما يوفي النفقة المطلوبة على الأول دون الثاني .

وثانيهما : أنه يطلقها لعدم الأنفاق بعد التثبت على الأول دون الثاني ، والمادة مأخوذة من المذاهب الثلاثة ، ويلاحظ أن المذهب المالكي لا يطالب الزوجة بكفيل يكفل لها ما يصرف لها من النفقة :

والمذهب الشافعي أن القاضي يأخذ منها كفيلا بما يصرف لها لجواز أن يكون قد مات أو طلقها طلاقاً بائناً ، وهذه ليست كفالة دين وإنما هو كفالة إحضار بمعنى أن الكفيل يحضرها إذا تبين عدم استحقاقها لما أخذته .

فإذا استوفت نفقتها بناء على هذا الحكم وعاد الزوج الغائب من غيبته ولم تكن الزوجة محقة فيما أخذته كان له أن يعارض في الحكم أو يدفع دعوى الزوجية بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو أنها ناشزة لا تستحق نفقة أو أنه عجل لها النفقة قبل غيبته ، فإن أثبت ذلك بالبينة نقض الحكم وكان له الرجوع عليها بما أخذته من ماله بغير حق .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على المذهب الجعفري وقد قدمناه .

أما المحاكم السنية فتسير على قانون حقوق العائلة وقد قرر في المواد ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٢٦ ، أن زوجة الغائب إذا أثبتت الزوجية بالبينة وأن زوجها لم يترك لها مالا تنفق منه فرض لها القاضي النفقة بعد تحليفها يمين الاستيثاق ويأذن لها بالاستدانة على الزوج ، فإذا طلبت التفريق بينها وبين زوجها لتعذر تحصيل النفقة حكم بالتفريق بينهما بعد إجراء التحقيقات اللازمة .

وإذا كان له مال بيد الغير أو بذمته وأقر ذلك الغير بالمال وبالزوجية أو أنكر ذلك وأثبتته الزوجة بالبينة قدر لها النفقة من ذلك المال أو من ثمنه اعتبار من يوم الطلب بعد أن يحلفها يمين الاستيثاق .

المبحث السابع

في دين النفقة وأحكامه

متى تعتبر النفقة ديناً على الزوج ؟

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة تجب على الزوج من وقت وجود سببها وهو العقد الصحيح مع تمكين الزوجة زوجها من نفسها . فإذا أداها سقط طلبها عنه .

وإذا لم يؤدها فترة من الزمن أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو من مال غيرها . فهل تكون نفقتها في تلك المدة ديناً يثبت في ذمة الزوج في جميع الأحوال يحق لها أن ترجع به عليه أو لا تكون ديناً كذلك فلا ترجع عليه بشيء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين بناء على اختلافهم في هذه النفقة. هل تتساوى مع الحقوق المالية الأخرى في أنها إذا ثبتت لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، أو أنها حق ضعيف في ذاته فلا تتساوى معها فلا يكفي ثبوتها المجرد في صيرورتها ديناً بل لا بد من أمر وراء الثبوت يقويه ويرفعه إلى مصاف الحقوق الأخرى .

فالأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وابن حنبل » ومعهم الجعفرية يذهبون إلى أن النفقة هنا حق قوي ثبت للزوجة عوضاً عن احتباسها لمصلحة الزوج ، وإذا كانت عوضاً فإنها تثبت ديناً قوياً في ذمة الزوج بمجرد إيفائها البدل وهو تمكينها الزوج من نفسها فلا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء كسائر الديون الأخرى، ولا أثر لمضي المدة في سقوطها كما لا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة أو طلاقها أو موت أحدهما .

وعلى هذا لو امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مدة أو عجز عنه لأي سبب كان لها الحق في مطالبتها بها طالت تلك المدة أو قصرت [١] .

والحنفية يذهبون إلى أن نفقة الزوجة لها شبهان . شبه بالعوض وشبه بالصلة فليست عوضاً خالصاً . أما شبهها بالعوض فمن جهة أنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤون بيته .

---

(١) غير أن المالكية يقيدون وجوبها عليه بتجمد النفقة بما إذا كان موسراً في تلك المدة. أما إذا كان معسراً فيها أو بعضها فأنها لا ترجع عليه بنفقة زمن الأعسار . لأن العسر يوجب سقوط النفقة عندهم . الشرح الكبير ج ٢ ص ٤١٧ .

وأما شبهها بالصلة فمن جهة أن المنافع التي تترتب على الاحتباس لا تعود على الزوج وحده بل تعود عليهما معاً فيكون واجباً عليها.

ومراعاة للشبهين قالوا : إنها تأخذ حكماً وسطاً بينهما أي أنها لا تصير ديناً في حالة ، وتصير ديناً ضعيفاً في حالة ثانية، وديناً قوياً في حالة ثالثة[1].

فإذا لم يتراضيا عليها ولم يحكم بها قاض لا تكون ديناً في ذمة الزوج بمضي المدة . فلو أنها أنفقت على نفسها من مالها أو من مال غيرها بالاستدانة بدون تراض منهما أو حكم قاض بها فلا يحق لها المطالبة بتلك النفقة لأنها لا تصير ديناً في ذمة الزوج إلا إذا كانت المدة التي مضت أقل من شهر فإن للزوجة أن تطالب بنفقتها ، لأن هذه المدة القصيرة يصعب الاحتراز عنها حيث لا بد من مضي مدة لكي تتمكن الزوجة من التراضي مع زوجها على النفقة أو مقاضاته فيها . فتركها المطالبة مدة كبيرة دليل على أنها متبرعة بها .

أما طلبها في حدود شهر فهو دليل على أنها لا تريد تركها فاغتفرت هذه المدة القليلة لأن الحكم بسقوطها في تلك الفترة إجحاف بالزوجة .

وإذا تراضى الزوجان على النفقة أو حكم بها القاضي ولم يوجد إذن من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة ومضت مدة طويلة على ذلك فإن النفقة تصير

---

(١) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير « ليست النفقة بعوض من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه ، لأنها جزاء الاحتباس . فمن حيث إنه لاستيفاء حقه من الاستمتاع واصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض ،

ومن حيث إنه أقامة لأمر الشارع وأمور مشتركة كأعفاف كل منهما الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف هي صلة .

فلاعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضي بها أو اصطلحا عليها لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ، ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء وعملا بالدليلين بقدر الامكان .

ديناً في ذمة الزوج لها أن تطالب به مهما طالت المدة . لكنه دين ضعيف يسقط بالأداء أو الأبراء كالدين القوي كما يسقط بغيرهما كموت أحد الزوجين ونشوز الزوجة ، وطلاقها على رأي [1] فإذا نشزت أو مات أحدهما سقطت النفقة المتجمدة .

أما إذا وجد مع التراضي أو القضاء إذن صريح من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة واستدانت بالفعل ومضى على ذلك مدة فإنها تصير ديناً قوياً في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، فيحق لها المطالبة بما تجمد منها في أي وقت ، ولا يسقط حقها بمضي المدة ، وإنما صارت ديناً قوياً في هذه الحالة لأن استدانتها بإذن الزوج تكون نيابة عنه ، فيكون الدين في ذمته ابتداء لمن استدانت منه الزوجة ، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي ، لأن أمره كأمر الزوج ، إذ القاضي أقيم لرفع المظالم ، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ولم يأمر الزوج بها أمر القاضي بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج فيستقر الدين في ذمته ابتداء .

وقد كان العمل في المحاكم المصرية يسير على هذا المذهب إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأخذ بما هو مقرر في المذاهب الأخرى فنصت مادته الأولى على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الأنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الأبراء » .

وبهذا التشريع قضى على تلاعب الأزواج الذين كانوا يمتنعون عن الأنفاق

---

(١) :الصحيح أنها لا تسقط بالطلاق أما الطلاق الرجعي فلظهور أنه حيلة لتضييع حق الزوجة فاذا سقطت نفقتها راجعها بعد ذلك ، أما الطلاق البائن فينظر القاضي في حالة الزوجين قبل الطلاق فان ظهر له من قرائن الأحوال أن الفرض منه إسقاط النفقة لا يعتبره مسقطاً وإن ظهر له غير ذلك اعتبره مسقطاً وحكم بسقوطها . ا . هـ .

على الزوجات ويتحايلون على تأخير الأنفاق أو الحكم بالنفقة بشتى أنـــواع الحيل اعتماداً على أن المذهب المعمول به يسقط النفقة عن المدة الماضية بمضي شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة بالأمر بعد التراضي أو القضـــاء . وأمنت الزوجات على نفقتهن من الضياع وانسد باب التلاعب أمام الأزواج فأصبـح للزوجة الحق في أن تطالب بمتجمد النفقة وإن لم يسبق تراض عليها أو قضاء بها ، ولا يسقط هذا المتجمد مهما كان بموت أحد الزوجين أو طلاق الزوجة أو نشوزها .

ثم ظهر عند تطبيق هذا القانون أنه بأطلاقه في مدة النفقة المتجمدة السابقة فقد فتح باباً آخر للتلاعب ولكنه من جانب الزوجات في هذه المرة ، حيث عمد بعضهن إلى تأخير المطالبة بالنفقة — اعتماداً على أنها لا تسقط مهما طالت المدة — مدة كبيرة ثم يطالبن بها دفعة واحدة ليوقعن الأزواج في حرج بين . بل إن بعض من لا خلاق له منهن ادعى زوراً الامتناع عن الأنفاق عليهن من زمن طويل ، وبان ذلك للمطبقين فعالج المشرع هذه الثغرة بتحديد أقصى مدة تسمع فيها دعوى النفقة في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فنصت المادة — ٩٩ — منه على أنه : « لا تسمع فيها دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ الدعوى » [١] .

ومن هذا الوقت امتنعت المحاكم عن سماع دعوى النفقة عن مدة ماضيـة تزيد على ثلاث سنين ميلادية ، وجاء في المذكرة الأيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذه المادة : « أما النفقة عن المدة الماضية فقد رئى أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ، ولما كان في أطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة عـلى رفع الدعوى

---

(١) وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها في الجدول العمومي كما نصت عليه المادة — ٥٩ — من ذلك القانون .

احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الشخص الملزم بها رئي من العدل دفــع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولا فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس في هذا الحكم ضرر على صاحب الحق في النفقة إذ يمكنه المطالبة بها قبل مضي ثلاث السنين » .

ولكن هذه المذكرة لم تبين الحكمة من تحديد تلك المدة بثلاث سنين ولا سند ذلك التحديد ، ولعله اجتهاد من واضعي مشروع هذا القانون ظنوه يحل المشكلة ، وما دام لم يوجد نص شرعي يستند إليه وقصد به رفع حرج عــن الأزواج فقد أثبت التطبيق أن هذه المدة كافيـــة لإيقاع كثير من الأزواج في الحرج ، لأنه قد يتجمع فيها مبلغ كبير .

فيجب على المشرع إعادة النظر في هذا التحديد ليسد هذه الثغرة وليس في إنقاص المدة ضرر على الزوجة لأنها ستطالب بحقها وتحصل عليه أولاً بأول وفيه رفع الحرج عن الزوج . هذا ما يجري عليه في المحاكم المصرية .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفـــري وهو يقضي بعدم سقوط متجمد النفقة مهما طالت مدتها ولا يتوقف الحكم بهـــا على قضاء سابق أو اتفاق بين الزوجين .

أما المحاكم السنية فتسير على ما يقضي به قانون حقوق العائلة . وهو خليط من مذهب الحنفية والمذاهب الأخرى . حيث نصت المادة – ٩٥ – منه على أنه « تسقط نفقة المدة المارة قبل التقدير والتعجيل » والمراد بالتقدير فيها ما يشمل تقدير القاضي والتراضي بين الزوجين ، حيث نصت المادة المائة منه على أنه « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة قضاء أو رضاء بالطـلاق أو بوفاة أحـد الزوجين ولا يسقط الغير مستند ان بأمر الحاكم بالنشوز » فهو يتفق مع مذهب الحنفية في أن النفقة لا تكون ديناً قبل تقديرها بالتراضي أو بالحكم ، وأنهـا لا تسقط بمضي المدة بعد ذلك ولا بالطلاق على الرأي الراجح ، ويخالفه في أنها

لاتسقط بالنشوز، وإن لم تكن مستدانة بأمر الحاكم ولا بموت أحد الزوجين.

تعجيل النفقة :

إذا عجل الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبلة كشهر أو أكثر ثم حصل في تلك المدة ما يقتضي سقوط النفقة كنشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين فليس للزوج ولا لورثته استرداد باقي النفقة المعجلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان باقياً أو مستهلكاً ، لأن النفقة وإن كانت واجبة جزاء احتباس الزوجة وقد فات بهذا العارض إلا أن فيها شبهاً بالصلة ، والصلات تملك بالقبض فتكون كالهبة ، والزوجية مانع من موانع الرجوع في الهبة .

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وابن حنبل والجعفرية إلى أنه يجب على الزوجة أو ورثتها رد نفقة المدة الباقية سواء كانت باقية أو مستهلكة ، لأن الزوجة تستحق النفقة جزاء احتباسها وقد فات بالموت أو النشوز فلا تستحق عوضه .

والعمل يجري في مصر على القول الأول باعتباره الراجح من مذهب الحنفية ولم يوجد في القوانين الصادرة ما يلغي العمل به .

وكذلك العمل بالمحاكم السنية بلبنان حيث نص قانون حقوق العائلة في المادة ـ ٩٣ ـ على أن « النفقة تصير معجلة بالتعجيل وإذا استوفتها الزوجة ووقعت الوفاة أو الطلاق وهي موجودة عيناً بيدها فلا تسترد »

فقد نصت على عدم ردها في حالتي الوفاة والطلاق وسكتت عن حالة النشوز فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية وهو عدم الرد أيضاً . أما المحاكم الجعفرية فتسير على مذهبهم وهو وجوب الرد مطلقاً .

الأبراء من دين النفقة :

إذا كان الأبراء لا يكون إلا عن دين ثابت في ذمة المدين . فنفقة الزوجة

لا يجوز الأبراء عنها إلا إذا صارت ديناً في ذمة الزوج، وقد علمت أن مذهب الحنفية لا يعتبرها ديناً إلا بعد تقديرها بالقضاء أو التراضي، وأن المـذاهب الثلاثة والمذهب الجعفري يعتبرونها ديناً بمجرد الامتناع عن الأنفاق بعـد ثبوت وجوبها .

وعلى ذلك إذا تجمد للزوجة على زوجها نفقة من مدة ماضية فـلا يصح إبراء الزوجة عنها عند الحنفية إلا إذا كانت مقدرة بقضاء أو بتراضي الزوجين. فإذا لم تكن كذلك لا يصح الأبراء عنها لأنها لم تثبت ديناً .

والمذاهب الأخرى يصححون الأبراء عنها لأنها ثبتت ديناً في ذمـة الزوج وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم المصرية والمحاكم الجعفرية بلبنان .

أما المحاكم السنية فإن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة . فهل يرجـع فيها إلى الراجح من المذهب الحنفي وهو لا يصح الأبراء عنها إلا بعد فرضها ؟

الظاهر ذلك . وهو ما تشير إليه المادتان السابقتان لأن مضمونها لا يعتبر النفقة ديناً إلا بالقضاء أو التراضي .

أما النفقة المستقبلة فلا يصح الأبراء عنها بالاتفاق لأنها لم تجب بعد والأبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به .

واستثنى من ذلك النفقة المستقبلة عن مدة واحدة من المدد التي قررت فيها النفقة شهر أو أسبوع أو يوم بشرط أن تكون تلك المدة بدأت بالفعل ، لأنـه إذا بدأ الشهر مثلا فقد وجبت النفقة فيه فيصح الأبراء ، لأنه يجب تنجيز النفقة في أول المدة ، ولا يصح الأبراء عما بعدها ، فلو أبرأته عن نفقة شهرين أو أكثر من المستقبلة وقد بدأ الشهر الأول صح الأبراء عن الشهر الأول وبطل الأبراء عما بعده .

كما استثنوا الأبراء عنها إذا كانت نفقة عدة في الخلع فيما إذا خالعها على أن تبرئه من نفقة العدة ، لأن الإبراء هنا في مقابلة عوض . هو تخليص الزوجة من عقدة الزواج فيعتبر الأبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها ، فلا يكون الأبراء إسقاطاً محضاً . بخلاف إبرائه لا في نظير عوض فإنه إسقاط للشيء قبل وجوبه فلا يصح .

واستثنى الجعفرية الأبراء عن يوم واحد دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن كل يوم أم عن كل أسبوع أم عن كل شهر أو سنة .

الكفالة بالنفقة :

يحدث في بعض حالات الزواج أن تطلب الزوجة أو وكيلها من الزوج أن يعطيها كفيلا بنفقتها وبخاصة عند ما يكون الزوج لا مال له حيث يعيش مع أهله من مالهم .

كما يحدث بعد الزواج أن الزوج يريد السفر فتطلب الزوجة كفيلا ليضمن لها نفقتها مدة غيبة زوجها . فهل تجاب الزوجة إلى ذلك وتكون الكفالة صحيحة أو لا

إذا عرفنا موقف المذاهب من نفقة الزوجة ومتى تكون ديناً ثابتاً في ذمة زوجها ، وطبقنا قاعدة الكفالة وأنها لا تكون إلا بدين صحيح قوي ثابت في ذمة المكفول عنه نستطيع أن نقول : إن جمهور الفقهاء الذين يعتبرون النفقة ديناً صحيحاً بمجرد وجود سببها دون توقف على القضاء أو التراضي يقولون بصحة الكفالة ، فإذا كفلها إنسان جاز لها مطالبته بها إذا امتنع الزوج عن أدائها لا يفرقون في ذلك بين ما إذا طلبتها عند العقد أو بعده كان الزوج مقيماً أو يريد السفر . وإن كان الشافعية يقولون : إن الكفالة حق بالنفقة الماضية

أما المستقبلة فلا كفالة بها إلا على إحضار الزوج ليدفعها » .

وأن الحنفية الذين لا يعتبرونها ديناً قوياً إلا بعد تقديرها واستدانة الزوجة لها بالفعل بعد أذنها بذلك ، أما قبل ذلك فهي إما دين ضعيف أو ليست ديناً يقولون : إن القياس يقضي بعدم صحة الكفالة قبل أن تصير ديناً قوياً لأنـه قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج حتى ترد عليه الكفالة ، وبعد فرضها قبل استدانتها وإن صارت ديناً إلا أنه دين ضعيف لا تصح الكفالة به ، لكنهم استحسنوا جواز الكفالة بها بعد الفرض على خلاف القياس ، لأنهـا صارت معلومة وضعفها لا يمنع من كفالتها ، لأن في ذلك رفقاً بالزوجات وأعانة لهن على الوصول إلى حقهن في النفقة التي تتوقف عليها حياتهن .

أما أبو يوسف فقد أجاز الكفالة بالنفقة مطلقاً قبل فرضها وبعده لما فيه من تسهيل أمر حصول الزوجة على نفقتها وقوله هو المفتى به في المذهب .

والعمل يجري في مصر على صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر نفقة الزوجة ديناً في ذمة الزوج بمجرد وجـود سببها وإذا كانت ديناً ثابتاً صحت بها الكفالة ، من أجل ذلك جعل في الوثيقة الرسمية للزواج مكان خاص بالكفالة ليدون فيه كفالة الكفيل للزوج في المهر والنفقة أو في أحدهما .

وكذلك العمل في المحاكم السنية في لبنان، لأن قانون حقوق العائلة لم يصرح بحكم الكفالة فيكون العمل فيها بالراجح من مذهب الحنفية وهو قول أبي يوسف السابق الذي يصحح الكفالة بها مطلقاً .

أما المحاكم الجعفرية : فتسير على المذهب الجعفرى وهو لا يجعل للزوجة [illegible] كفيل بالنفقة المستقبلة جبراً على الزوج مطلقاً فرضت أو لم [illegible] .

لأنها لم تثبت ديناً في ذمة الزوج والكفالة إنما تكون بدين ثابت ، ولهـــذا لم يجوزوا الأبراء عنها إلا عن يوم واحد بدأ بالفعل ، أما النفقة المتجمدة السابقة فقد أصبحت ديناً ثابتاً في الذمة فلا مانع من كفالتها [1] .

وعلى هذا إذا أراد الزوج السفر وخشيت الزوجة ألا تحصل على نفقتها مدة غيبته فطلبت كفيلا يضمن لها نفقتها مدة غياب زوجها .

فأبو حنيفة يذهب إلى أنه لا يجيبها إلى طلبها إلا إذا كانت النفقة مفروضة لمدة شهر واحد استحساناً ، أما في غير ذلك فلا تجوز الكفالة بها .

أما أبو يوسف فسار على مبدئه من إطلاق صحة الكفالة بالنفقة مطلقـاً . فيجب على القاضي إجابة طلبها ويجبر الزوج على إعطائها كفيلا بمدة الغيبة قصيرة أو طويلة .

والفتوى على قوله لما فيه من حفظ حق الزوجة وأيسر طريقها في الحصول على نفقتها ولا ضرر فيه على الزوج . وهو قول الأئمة الثلاثة [2] .

المقاصة بدين النفقة

يحدث في بعض الأحوال أن يكون للزوج دين على زوجته كثمن شيء باعه

---

(١) يقول الحلي في شرائع الأسلام جـ ١ ص ٧ ٢ في كتاب الضمان « ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلة .

(٢) راجع الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥٢٠ وكشاف القناع جـ ٥ ص ٤٨٠ .

لها في الوقت الذي يكون للزوجة نفقة متجمدة ، فإذا أراد أحدهما أسقاط ماعليه في نظير ماله عند الآخر بطريق المقاصة فهل يجاب إلى ذلك ؟

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الدينين المتساويين تقع المقاصة بينهما بطلب أحد الطرفين ولو لم يرض الطرف الآخر ، وإذا لم يتساويا فإنه لا يجاب طلب صاحب الدين الضعيف إلا إذا رضي الطرف الآخر .

وإذا كان دين النفقة قد اختلف فيه الفقهاء على الوجه السابق . وأنه عند الأئمة الثلاثة ومعهم الجعفرية دين صحيح فتقع المقاصة بين الدينين جبراً عند طلب أحدهما لا فرق بين أن يكون الطالب الزوج أو الزوجة لتساوي الدينين في القوة ولا يكون للآخر حق الامتناع، غير أن الحنابلة والجعفرية شرطوا لإيجاب طلب المقاصة فيما إذا كان الطلب من الزوج عن النفقة المستقبلة أن تكون الزوجة موسرة ، فإن كانت معسرة لا يجاب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك ، لأن قضاء الدين لا يكون إلا فيما يفضل عن القوت حيث إن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجاب طلب المقاصة من الجانبين إذا كانت النفقة ديناً قوياً بأن كانت بعد القضاء أو التراضي واستدانتها الزوجة بأذن سابق ولا يجوز للآخر الامتناع ، أما إذا كانت غير ذلك فأنه يجاب طلب الزوج ، وإن لم ترض الزوجة لأن دينه أقوى من دينها ،أما طلب الزوجة فلا يجاب إلا إذا رضي الزوج بذلك .

هذا والمعمول به في مصر هو أن المقاصة من أحد الجانبين مقبولة وليس للآخر الخيار ، لأن القانون أخذ بمذهب الأئمة الثلاثة في دين النفقة وهو اعتبارها ديناً قوياً فتتساوى مع ما للرجل عليها ، وكذلك في المحاكم السنية بلبنان إذا

كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو القضاء ، أما قبل فرضها فطلب المقاصة من الزوجة لا يجاب إلا بموافقة الزوج .

أما في المحاكم الجعفرية فبمقتضى مذهبهم الذي يشترط لأجابة طلب الزوج للمقاصة يوماً فيوماً أن تكون المرأة موسرة أو ترضى بذلك [1] .

---

(١) ففي شرائع الأسلام جـ ٢ ص ٤٧ : إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها يوماً فيوماً إن كانت موسرة ، ولا يجوز مع إعسارها لأن قضاء الدين فيما يفضل عن القوت ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع .

القسم الثاني

في فرق الزواج

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في الطلاق وأقسامه

الباب الثاني : في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

الباب الثالث : في اللعان والأيلاء والظهار

الباب الرابع : في العدة وأنواعها وأحكامها

فرق الزواج

تمهيد : في التعريف بالفرق وبيان سبب شرعيتها ، والفسخ والطلاق والفرق بينهما .

الفرق جمع فرقة : وهي في اللغة اسم من الافتراق ضد الاجتماع . أعم من أن تكون بين الزوجين أو بين كل مجتمعين ، والفقهاء يريدون بها انقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين ، وكما تطلق على الأثر تطلق على السبب المشروع الموصل إلى ذلك . كتطليق الزوج زوجته ، وظهور ما يقتضي انفساخ الزواج أو حكم القاضي به ، وإذا كان عقد الزواج مشروعاً لمقاصده العظيمة التي بيناها فيما سبق وهو لا يحققها إلا بدوامه واستقراره ، وأن الشارع أرشد إلى الوسائل الموصلة إلى هذا الاستقرار وحض عليها في أكثر من نص . فمن حسن اختيار للزوجة . « فاظفر بذات الدين تربت يداك » إلى تحذير من الانخداع بالجمال القبيح « إياكم وخضراء الدمن » إلى حسن المعاشرة والتسامح في المعاملة « وعاشروهن بالمعروف » . إلى نهي عن أسباب المضارة « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » . إلى التنبيه إلى أن مجرد الكراهة الطارئة لا يكفي في الأقدام على المفارقة «فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » ، وهذا في الواقع تشكيك في الشعور بالكراهة للزوجة ، وفي هذا يقول رسول الله ﷺ : « لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر » أي لا يبغض مؤمن مؤمنة فيتركها لذلك .

ويقول عمر لمن أراد أن يطلق امرأته لأنه لا يحبها : ويحك أولم تبن البيوت إلا على الحب ؟ فأين الرعاية وأين التذمم ؟ [1] » يريد : أين ما عليك من واجب الرعاية وقد جعلك الله قواماً على الزوجة والأسرة ، وأين الترفع عن ارتكاب ما يتنافى مع الكرامة الأنسانية .

ومن توجيه إلى الإصلاح الداخلي بينهما إن بدر النزاع من جانب الزوج «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » ، أو التأديب المرتب من جانب الزوج إذا ما انحرفت المرأة « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

فإن عجزا عن الأصلاح أو لم يفد التأديب انتقل الأصلاح إلى الأهل على مستوى الجماعة « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيرا » .

فإذا لم ينفع التأديب ولم يؤد الأصلاح إلى نتيجة واستحكم النزاع واتسعت شقة الخلاف فليس من المصلحة في شيء بقاء تلك الزوجية المضطربة ويتعين فصم عراها ليستأنف كل منهما حياة زوجية أخرى تؤتى ثمرها « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعاً حكيما » فكان الطلاق علاجاً لما استعصى من أمراض الزوجية . فهو لم يشرع إلا للعلاج لذا كان وضعه في غير موضعه بغيضاً إلى الله يشير لذلك حديث رسول الله « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » .

ومن أمعن النظر في طريقة تشريعه والكيفية التي رسمها الشارع لإيقاعه لا يداخله شك في أنه سبيل من سبل العلاج يعطى في وقت معين وبطريقة خاصة

---

(١) يقال . تذمم الرجل من كذا أي تركه ترفعاً واستنكافاً من فعله .

فقد جعله على مراحل ثلاث « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... إلى أن قال « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

ثلاث تطليقات لا ينقطع رباط الزوجية في الأوليين منها ، بل تبقى المرأة في بيت الزوجية انتظاراً لرغبة الزوج في العودة إليها (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » .

فإن شاء أعادها دون أن يتدخل أحد في ذلك « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا » ،فإذا ما راجعها في هاتين أثناء العدة أوعقدعليها بعد انتهائها عادت الحياة الزوجية ، فإن تنازعا بعد ذلك وكانت الثالثة انقطع الرباط وانتهى الحل بينهما، ولا يملك إعادتها إلا بعد التجربة القاسية وهي التزوج بزوج آخر والدخول بها ، فإذا ما رغب عنها في أي وقت وطلقها وانتهت عدتها حل للأول أن يقدم على زواجها مرة أخرى « فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله »، بهذا يتبين أن الفرقة بين الزوجين شرعت في الأسلام لعلاج ما يطرأ على الحياة الزوجية من طوارىء تهددها ، فقد يخطىء أحد الزوجين في اختيار الآخر، ولا يتبين له ذلك الخطأ إلا بعد الزواج ،فقد يكون بأحدهما عيب لا تستقيم الحياة الزوجية معه ، وقد يطرأ أمر لم يكن في الحسبان فتحل النفرة محل الوفاق .

أنواع الفرق : تتنوع الفرق إلى نوعين . فرق تعتبر طلاقاً ، وفرق تعتبر فسخاً :

والفرق بينهما : أن الطلاق إنهاء لعقد الزواج في الحال إن كان بائناً أو في المآل إن كان رجعياً ، والفسخ نقض للعقد وتفنيد له إما من أساسه وأوله

كأن لم يكن كالفسخ بخيار البلوغ أو الأفاقة ، وإما من وقت وقوع سببه كما في ارتداد أحد الزوجين .

وهذا التقسيم يظهر أثره في أمور :

أولها : أن الفرقة التي هي طلاق تحسب من العدد الذي يملكه الزوج من التطليقات ، فلو عادت إليه بعد الطلاق عادت بما بقي من الثلاث ، والفرقة التي هي فسخ لا تحسب منها .

وثانيها : أن الطلاق غير المكمل للثلاث يلحقه الطلاق في العدة ، لأن العقد باق بعده ، وأما الفسخ فلا يلحقه طلاق في العدة ، لأن الفسخ - كما قلنا - نقض للعقد فلا محل للعقد ، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها عن الأسلام فإنه يقع عليها الطلاق في العدة عقوبة وزجرا لها .

وبهذا أخذ قانون العائلة في المادة - ١٠٣ - ونصها « محل الطلاق المرأة المنكوحة بالنكاح الصحيح أو المعتدة أما الزوجة المعتدة التي فسخ نكاحها ليست محلا للطلاق » .

ثالثها : أن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة توجب للزوجة إما نصف المهر أو المتعة ، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب ارتداد الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه يجب للزوجة نصف المهر أو المتعة .

وقد وضع فقهاء الحنفية ضابطا لكل من النوعين فقالوا :

إن الفرقة تكون طلاقاً إذ كانت من قبل الزوج أو من ينوب عنه من وكيل أو قاض بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع ، والفرقة التي يوقعها القاضي بسبب

عيب الزوج والتي توقعها المرأة بتفويض من الزوج .

وتعتبر فسخاً إذا كانت بسبب ما اقترن بالعقد مما يفسده أو يجعله غير لازم سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة، أو طرأ عليه مما يوجب حرمة المصاهرة منهما أو من جهة الزوجة من غير تفويض من الزوج كردتها أو إبائها عن الأسلام وهي غير كتابية ، هذا باتفاق أئمة المذهب ثم اختلفوا في أمرين :

١ - ردة الزوج أو إبائه عن الأسلام إذا أسلمت الزوجـــة . فأبو يوسف يذهب إلى أن الفرقة فسخ فيهما لأنها من قبل الزوجـــة فسخ بالاتفاق والسبب متحد .

ويرى محمد أنها طلاق فيهما لأنه واجب عليه الطلاق في هذه الحالة، فإذا لم يفعل ناب القاضي عنه ، وأبو حنيفة يعتبر الفرقة بإباء الزوج عن الأسلام طلاقاً للمعنى الذي قاله محمد ، وبالردة فسخاً لأن الردة كالموت والفرقة به لا تعتبر طلاقاً .

٢ - الفرقة باللعان فأبو حنيفة ومحمد طلاق بائن لأنهـــا تزول بتكذيب الزوج نفسه، **وبقولهما يجري العمل**، وأبو يوسف يعتبرها فسخاً لأنها مؤبدة.

فيتلخص من ذلك أن الفرقة تكون طلاقا في المواضع الآتية :

١ - ما تكون بلفظ من ألفاظ الطلاق - ٢ الخلع - ٣ - الأيلاء وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر، فإذا مضت دون قربان طلقت منه طلقة بائنة - ٤ - التفريق لعيب في الزوج ككونه عنيناً أو مجبوباً .
٥ - التفريق باللعان عند أبي حنيفة ومحمد - ٦ - التفريق بسبب امتنـاع الزوج عن الأسلام عند أبي حنيفة ومحمد وهو الراجح في المذهب ، ويلحق بهذا التفريق لعدم الانفاق أو للغيبة ، والتفريق لسوء العشرة مما هو معمول به في مصر وهو مأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة .

وتكون فسخاً في المواضع الآتية :

١ ـ التفريق لعدم صحة العقد ـ ٢ ـ التفريق بما يوجب حرمة المصاهرة منها ـ ٣ التفريق بخيار البلوغ أو الأفاقة منها ـ ٤ ـ التفريق لعدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر ـ ٥ – التفريق بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الأسلام بالاتفاق، وبردة الزوج على الراجح من مذهب الحنفية والجعفرية ـ ٦ ـ امتناع الزوج عن الأسلام عند إسلام الزوجة عند أبي يوسف .

وبعد هذا تنقسم الفرق مطلقا ـ سواء كانت طلاقاً أو فسخا ـ إلى نوعين نوع لا يحتاج إلى قضاء القاضي ونوع لا يقع إلا بالقضاء .

والحد الفاصل بينهما : أن ما كان سببها ظاهراً لا خفاء فيه لا تحتاج إلى قضاء القاضي .

أما ما كان سببها خفيا يؤدي إلى الخلاف والنزاع بين الزوجين فتحتاج إلى القضاء ليفصل ذلك النزاع .

ويظهر أثر ذلك الفرق في أن الفرقة التي تحتاج إلى القضاء لا يتأثر عقد الزواج بها قبل القضاء فتبقى الزوجية إلى أن يقضي بها، فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء ورثه الآخر ما لم يمنع مانع من إرثه ويكمل المهر للزوجة بالموت ، أما التي لا تحتاج إلى القضاء فتعتبر موجودة بمجرد وجود سببها ، فلو مات أحدهما قبل أن يفترقا لا يرث أحدهما الآخر .

فمن الفرق التي تحتاج إلى القضاء :

١ ـ الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الأفاقة سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة ـ ٢ ـ الفرقة بسبب اللعان ـ ٣ ـ الفرقة بسبب عدم الكفاءة . ـ ٤ ـ الفرقة بسبب العيب في الزوج ـ ٥ ـ الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن

الأسلام عند إسلام الآخر . ٦ ـ الفرقة بسبب الشقاق والمضارة بالزوجة أو غيبة الزوج أو حبسه أو عدم النفقة للأعسار أو الامتناع عنها .

أما التي لا تحتاج إلى القضاء .

١ ـ ما كانت بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع ـ ٢ ـ مـــا كانت بسبب الإيلاء - ٣ ـ الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين ، أما إذا ارتدا معاً فلا يفرق بينهما على الراجح من مذهب الحنفية ، فلو عادا إلى الأسلام معاً كانت الزوجية الأولى باقية ولا يحتاجان إلى عقد جديد .

٤ ـ الفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة من أحدالزوجين ـ ٥ ـ الفرقة بسبب فساد العقد . هذا التقسيم عند الحنفية . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن الفرقة مطلقاً طلاقاً أو فسخاً لا تحتاج إلى القضاء .

الباب الأول

في الطلاق

وفيه فصول

الفَصْل الأولْ

في التعريف وحكمة تشريعه ولمن يكون حق الطلاق وصفته الشرعية

مادة الطلاق والأطلاق في اللغة : تدل على الأرسال ورفع القيد والمفارقة . يقال : أطلق الأسير إذا أرسله ورفع قيده ، وطلق بلده إذا فارقها ، وطلق زوجته أي فارقها وحل رباط الزوجية ، وإن كان العرف يخص الطلاق برفع القيد المعنوي ، والأطلاق برفع القيد الحسي .

فالطلاق في الاصطلاح : هو حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل .

فاللفظ المخصوص هو ما كان صريحاً في الطلاق أو كناية عنه مما يحتاج إلى نية ، والذي يقـــوم مقامه الكتابة والأشارة ، والذي يحلها في الحال هـــو الطلاق البائن ، والذي يحلها في المآل هو الطلاق الرجعي كما سيأتي ، والطلاق مشروع بالقرآن والسنة والأجماع .

والحكمة في شرعيته : إن الأسلام شرع الزواج وجعله عقـــد الحياة حتى جعل التوقيت فيه مبطلا له ، وأحاطه بكل الضمانات ليستقر فيؤتي ثمراتـــه الطيبة ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تحقق التوافق بين الطرفين وسكن كل منهما إلى صــاحبه وارتبط قلباهما برباط المودة ، وشاعت بينهما الثقة وعرف كل منهما ما للآخر عليه من حقوق .

وقد يطرأ على تلك الحياة الشقاق المنبعث من تنافر القلوب بعد توافقها من انحراف جديد،أو انكشاف ما قد يخفى عند الاقتران مما يبدل الثقة ، أو إصابة أحدهما بمرض لا تستطاع معه المعاشرة مما يجعل الحياة جحيما لا يطاق أو عذاباً لا يحتمل .

نظر الشارع إلى ذلك لأنه دين واقعي يشرع للناس حسبما يقع في حياتهم ولا يغمض عينه عن مشاكل الحياة فيوجد لها الحلول ففتح المجال لأنهاء الزوجية عند ما تتعرض للخطر الذي يتعذر معه الاستمرار فيها ، فكانت شرعية الطلاق ليحسم ذلك الداء بعد عجز طرق الأصلاح العديدة التي أرشد إليها من تأديب وأصلاح داخلي وأصلاح على مستوى الجماعة ، ومع ذلك جعله أبغض الحلال إلى الله .

لمن يكون حق الطلاق ؟

والطلاق في الأصل حق للزوج . لأن النصوص من القرآن والسنة أسندته إلى الرجل . « يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » الطلاق/١ ، « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » البقرة/٢٢٦، « يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » الأحزاب/٤٩ « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا » النساء / ٢٠.

وقول رسول الله ﷺ « يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك » وقوله « مرة

فليراجعها . ثم يطلقها ، وقوله: « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[1]» فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق حق للزوج ، وليس ذلك غبناً للمرأة بل هو حفاظ عليها وتقديس للرابطة الزوجية ، لأن الشارع الذي أوجب على الزوج المهر وجعله مسؤولا عن الأسرة يسعى من أجلها ويقوم بواجباتها ، والرجل بطبيعته أضبط لمشاعره من المرأة فيكون أحرص على بقاء الزوجية لما تحمله من نفقات وتجنبا للتبعات المالية التي تلحقه بسبب الطلاق من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، ومن مهر جديد ونفقات أخرى إذا ما رغب في التزوج مرة أخرى .

ولو جعل الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها قرار لسرعة تأثرها واندفاعها وراء العاطفة ، وليس هناك ما يحملها على التروي والأناة حيث لا تغرم شيئاً .

على أن الشارع لم يهمل جانبها ، بل جعل لها الحق في أن تفتدي نفسها برد ما دفعه الزوج لها من مهر « ولا جناح عليهما فيما افتدت به » .

كما جعل لها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليطلقها من زوجها إذا ما انحرف وألحق بها ما يوجب التفريق من أذى أو عدم إنفاق ، وأوجب على القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ما ثبت لديه ما تدعيه .

وأكثر من هذا جعل لها الحق في أن تشترط لنفسها عند العقد أن تكون العصمة بيدها كما يرى بعض الفقهاء ، قد يقال : ولم لم يجعله حقا مشتركا بينهما يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج ؟؟

والجواب : أن ذلك غير مقبول ، لأن الطلاق شرع كعلاج لاضطراب

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٠٣ .

الحياة الزوجية ، فلو جعلنا أمر الطلاق إليهما معا لما وصلا إلى اتفاق غالبا ، لأن أحدهما يريد الفراق والآخر لا يريده فيعمل على الكيد للآخر فتصبح الحياة جحيما لا يطاق .

ثم أنهما غير متساويين في المسؤولية فأحدهما سيغرم نتيجة لوقوع الطلاق والآخر لا يكلف بشيء .

نقل هذا الحق للقاضي

إن ما اقترح أخيراً من وضع الطلاق بيد القاضي . لكي يسوي بين الرجل والمرأة ويكون ضمانا مانعاً من الانحراف في الطلاق .

هذا الاقتراح لا يحل المشكلة بل يزيدها تعقيداً لأن أسباب الطلاق قد ترجع إلى أمر نفسي من البغض والنفور ، وقد ترجع إلى أمر يتعلق بسيرة أحد الزوجين ، فإن كان الأول فكيف يستطيع طالبه أن يقنع القاضي بأنه يكره زوجته أو ينفر منها ولا يستطيع إقامة البينة على ذلك حتى يحكم له بما يدعي ، ثم إن إقرار أحدهما بذلك لا يكون حجة على الآخر .

وإن كان الثاني فهو كشف لأسرار من الخير سترها وعدم إذاعتها بين الناس لأنها تعرقل الطريق أمام الزوجين بعد انفصالهما في استئناف حياة زوجية أخرى .

مع ما في هذا الأمر من الحكم على جميع الأزواج بعدم صلاحيتهم لاستعمال حق ملكه الشارع لهم وأنهم محتاجون لوصاية القضاة عليهم ، بل إن القاضي الذي يفصل في هذا الأمر بين الناس لو احتاج إلى الطلاق لم يكن أهلا له فيحتاج إلى وصاية قاض آخر ؟؟

وعلى كل حال فالطلاق تشريع استثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة ،وليس

أمراً مباحا أو مرغوباً فيه يستعمله الزوج كيفما شاء ومتى شاء لتنفير الشارع منه في أكثر من نص .

من ذلك قول رسول الله ﷺ : « لا تطلق النساء إلا من ريبة إن الله لا يحب الذواقين والذواقات » ، وقوله : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » .

ومن هنا ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا عند وجود سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها الزوج أو أهله أو الجيران بالقول أو الفعل ، واستندوا إلى النصوص السابقة .

ومن ذهب من الفقهاء إلى أن الأصل فيه الأباحة وأنه حق مطلق يستعمله الزوج متى شاء ليس لهم دليل صحيح يثبت دعواهم غير أن رسول الله طلق بعض زوجاته ، وأن بعض أصحابه وقع منهم الطلاق ، وهذا لايفيدهم في دعواهم، لأنه لا يعقل أن يقع طلاق من هؤلاء من غير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه .

حكم الطلاق : بمعنى صفته الشرعية .

وإذا كان الأصل فيه هو الحظر وأنه لا يجوز الأقدام عليه إلا لسبب والأسباب تختلف في قوتها وضعفها ،ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية باختلاف البواعث عليه .

فقد يكون مباحا يستوي فيه جانب الفعل والترك إذا كان الباعث عليه ضعيفا كمجرد النفور الطبيعي بين الزوجين .

وقد يكون مستحبا إذا كان الدافع له سوء أخلاق الزوجة وإيقاعها الأذى بزوجها أو أقاربه أو جيرانه بالقول أو بالفعل أو كانت تاركة لحقوق الله من

صلاة وصيام، فإنها بسلوكها هذا تكون قدوة سيئة لأولادها ويخشى عليهم من أن يشبوا على منهجها فيستحب طلاقها .

وقد يكون واجبا إذا كان الباعث عليه أمراً يقوض الحياة الزوجية كتهاونها في عرضها وشرفها بسلوكها المسالك المريبة ، أو استحكام الشقاق بين الزوجين وعجز الحكمان عن الأصلاح بينهما .

أو كان بالزوج عيب يحول بين الحياة الزوجية وبين أدائها وظيفتها ككونه عنينا أو مجبوبا أو ما شاكل ذلك ، وقد يكون مكروها تحريما إذا لم يكن له سبب يبرره .

وقد يكون حراما إذا وقع على غير الوجه المشروع بأن طلقها في الحالة التي نهى الشارع عن الطلاق فيها . كالطلاق في الحيض قاصدا الأضرار بها وتطويل عدتها .

الفَصْل الثاني

في ركن الطلاق، ومن يقع منه، ومن يقع عليها، وطريقة إيقاعه

وفيه مباحث

المبحث الأول

ركن الطلاق وبم يتحقق ؟

المراد بالركن هو اللفظ الذي يفيد معنى الطلاق أو ما يقوم مقامه من الكتابة والأشارة . فيكون الطلاق بواحد من ثلاثة . العبارة والأشارة والكتابة .

أما العبارة : فهي اللفظ الذي يدل على حل رابطة الزوجية بحيث يفهم منه التطليق لغة أو عرفا بأي لغة كانت سواء كان اللفظ صريحاً أو كناية وسواء كان منجزاً أو معلقا أو مضافاً. بشرط أن يكون المتكلم بها فاهما لمناها هذا عند الحنفية وجمهور الفقهاء .

ولكن الجعفرية يشترطون في لفظ الطلاق أن يكون صريحا من مادة الطلاق

بصيغة اسم الفاعل كأنت طالق أو فلانة طالق ، أو هي طالق بلغة فصيحة غير ملحونة ولا مصحفة مضافاً إلى الزوجة غير معلق على شرط أو صفة حق ولو كان معلوم التحقق . مثل إن طلعت الشمس فأنت طالق ، كما يشترطون لوقوعه حضور شاهدين عدلين يسمعان لفظ الطلاق ، ولا يقع بغير العربية مع القدرة على التلفظ بها ، والأولى للأعجمي والأخرس أن يوكلا بالطلاق عنهما إن أمكن [1] .

وقانون حقوق العائلة في المادة - ١٠٩ - يسير على مذهب الحنفية، ونصها « الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة وبألفاظ الكناية المتعارف عليها بحكم الصريحة أما الغير متعارف عليها فوقوع الطلاق بها متوقف على نية الزوج ، وإذا اختلف الطرفان في كون الزوج نوى الطلاق أم لا فيصدق الزوج بيمينه » .

أما الأشارة : فلا يقع بها الطلاق إلا من الأخرس العاجز عن الكتابة على الرأي الراجح عند الحنفية كما سبق في الزواج ، فإن كان قادراً على الكتابة فلا يقع طلاقه بالأشارة، لأن الكتابة أقوى في الدلالة من الأشارة ، والجعفرية يذهبون إلى أن إشارة الأخرس يقع بها الطلاق ما دامت مفهومة، ولا يشترط عجزه عن الكتابة كالرأي الآخر عند الحنفية ، وإن كان الأولى عندهم أن يوكل عنه شخصاً آخر ليطلق بالعبارة .

أما الكتابة : فإما أن تكون مستبينة أي واضحة باقية كالكتابة على الورق أو على الحائط مثلا أو غير مستبينة كالكتابة على الهواء أو في الماء .

---

(١) ولكنهم قرروا أنه عند اختلاف الزوجين بأن كان أحدهم سنيا والآخر شيعيا فالعبرة بمذهب الزوج ، فإن كان شيعيا فطلاقه لا يقع إلا إذا كان الطلاق على وفق مذهبه ، وإن كان سنيا وقع الطلاق بما يقع به عند أهل السنة .

ولعل مرجع ذلك إلى أن الطلاق حق الزوج فالعبرة بما يعتقده فيه .

الأحوال الشخصية لمحمد جوادمغنيةص ١٣٢ ، ص ١٣٣ وشرائع الأسلام جـ ٢ ص ٥٥ ،

والمستبينة إما أن تكون مرسومة أي معنونة موجهة للزوجة كما توجه الرسائل أولا، فإن كانت غير مستبينة فلا يقع بها طلاق، وإن كانت مستبينة مرسومة وقع بها الطلاق من وقت الكتابة إلا إذا قيد الوقوع بزمن الوصول أو غيره. فإنه يقع من الوقت الذي حدده سواء نوى بها الطلاق عند الكتابة أو لا.

أما المستبينة الغير المرسومة كأن يكتب على ورقة: فلانة طالق ولا يرسلها إليها أو يكتب على جدار: طلقت زوجتي فإنه لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه، فإن لم ينوه بأن قال: أردت تجربة القلم أو الخط فلا يقع لظهور هذا الاحتمال في تلك الحالة.

أما الجعفرية فقد قيدوا وقوع الطلاق بالكتابة بما إذا كانت من العاجز عن النطق فقط سواء كان حاضراً أو غائباً على المعتمد عندهم [1].

وإذا كان الحنفية يوسعون في الألفاظ التي يقع بها الطلاق ولا يقصرونها على الألفاظ الصريحة كما يذهب الجعفرية فكان اللفظ الذي يقع به الطلاق عندهم نوعان. صريح وكناية.

فالصريح هو اللفظ الذي يفهم منه معنى الطلاق عند التلفظ به دون حاجة إلى شيء آخر. فيدخل فيه الألفاظ التي وضعت شرعاً للطلاق. نحو أنت طالق وطلقتك ومطلقة، والألفاظ التي تستعمل عرفاً في الطلاق مثل: أنت محرمة وحرمتك وأنت على حرام وأنت خالصة.

وحكمه: أن الطلاق يقع به قضاء وديانة دون توقف على نية أو قرينة،

---

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥ : ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ، نعم لو عجز عن النطق فكتب ناوياً به الطلاق صح، وقيل: يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة وليس بمعتمد.

لأن صراحته لا تحوجه في الدلالة إلى شيء آخر وراء اللفظ . متى قصد التلفظ به عالماً بمدلوله وأضافه إلى زوجته .

فإذا قال لزوجته : أنت طالق ثم ادعى أنه لم يرد به الطلاق بل أراد بــه شيئاً آخر لا يحتمله اللفظ لا يلتفت إلى دعواه ووقع الطلاق قضاء وديانة ، فأن ادعى أنه أراد به الطلاق من وثاق ولم توجد قرينة تدل على ذلك صدق ديانة لا قضاء، فلو وجدت تلك القرينة ، كما لو أكره على الطلاق فنطق بكلمة الطلاق ثم ادعى أنه أراد الطلاق من وثاق فأنه يصدق في ذلك قضاء وديانـة ، لأن الأكراه قرينة صارفة عن إرادة الطلاق ، ومثل ذلك ما إذا كانت زوجته موثقة بقيد وسألته أن يطلقها من وثاقها فيطلقها منه قائلا لها : أنت طالق فأنه يصدق إذا أقسم أنه أراد ذلك .

والكناية : هي كل لفظ لم يوضع لمعنى الطلاق ولم يتعارف النـــاس قصر استعماله على الطلاق مثل : إلحقي بأهلك أو اذهبي اليهم فأنه يحتمـــل الحقي بهم لأني طلقتك أو ابعدي عني الآن ، ومثل أنت بائن أو أمرك بيدك ، وأنت واحدة واستبرئي رحمك وغير ذلك من الألفاظ التي لا يفهم منها الطـلاق إلا بالقرينة أو بالنية .

وحكمها : أن الطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو دلالة الحال على أنه أراد بهـا الطلاق ، فإن دل الحال على إرادة الطلاق كـــما إذا قال ذلك حالة الغضب أو بعد سؤال زوجته الطلاق وقع ، وإن لم يدل الحال رجع إلى نية الزوج،فإن نوى بها الطلاق وقع،وإن لم ينو لا يقع بها شيء فمذهب الحنفية . أن تلك الألفـاظ لا يقع بها الطلاق ديانة إذا لم ينو بها الطلاق ، أما في القضاء،فيحكم دلالة الحال . فإن دلت على إرادة الطلاق وقع ولا يصدق في دعواه أنه لم يردبها الطلاق ، فإن لم تدل الحال على إرادة الطلاق اعتبرت النية، فإن قال : نويت بها الطلاق وقع، وإن ادعى أنه لم ينو بها الطلاق صدق في دعواه .

وقد كان هذا المذهب معمولاً به في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ثم عدل عنه إلى مذهب المالكية والشافعية الذي يقضي بأن الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية م٤ ونصها « كنايات الطلاق – وهي ما تحتمل الطلاق وغيره – لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

وبهذا ضاق وقوع الطلاق بالكنايات فألغي اعتبار دلالة الحال .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة في المادة – ١٠٩ وقد تقدم نصها .

فإذا وقع الاختلاف بين الطرفين في نيـــة الزوج يكون القول قول الزوج مع اليمين .

المبحث الثاني

في من يقع منه الطلاق، ومن يقع عليها

من يقع منه الطلاق : الطلاق حق للزوج فهو الذي يملك إيقاعه ، لأن عقدة الزواج ملكه ولا يملكه غيره إلا بتفويض منه كرسوله أو وكيله أو المرأة التي فوض لها الطلاق أو بالنيابة عنه عند امتناعه كالقاضي ، فأن الأولين يطلقون باسم الزوج، والأخير يطلق عن الزوج دفعاً لظلمه بامتناعه عن الطلاق.

ولما كان الطلاق خطيراً لا يملكه الزوج إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية :

١ – أن يكون بالغاً . فلو كان صغيراً لا يقع طلاقه وإن كان مميزاً باتفـــاق الحنفية والجعفرية ، لأن الطلاق من التصرفات التي يغلب عليها الضرر وهـــو لا يملك منها إلا ما كان نافعاً .

٢ - أن يكون عاقلاً فلا يقع طلاق المجنون وهو من ذهب عقله ، والمعتوه وهو ضعيف العقل الذي اختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة .

ويلحق بهم المدهوش وهو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول ويفعل ، والغضبان الذي بلغ به الغضب درجة تختل فيها أقواله وأفعاله وتضطرب [١] . أما إذا كان بحيث يدري ما يقول ويفعل فإن طلاقه يقع .
كل ذلك لحديث رسول الله ﷺ الذي رواه مسلم : « لا طلاق في إغلاق » والأغلاق هو أن يسد على الشخص باب الأدراك والقصد بحيث لا يدري ما يقول وما يفعل .

ومقتضى هذا لا يكون للسكران طلاق لأنه لا يعي ما يقول ، وإلى هذا ذهب جماعة من الفقهاء ومنهم الجعفرية من غير تفرقة بين ما إذا كان سبب السكر مباحاً أو محرماً لعدم إدراكه .

وذهب آخرون إلى التفرقة بين ما كان سببه مباحاً فلا يقع وبين ما إذا كان محرماً فيقع طلاقه عقوبة له وزجراً عن تناول المحرم ، لكن العقوبة هنا غير مستساغة لأن الشارع قرر له عقوبة أخرى ، على أنه إذا كان السكران يستحق العقوبة فما ذنب الزوجة وأولادها الذين يلحقهم ضرر الطلاق ؟ ، وعلى القول الأول يجري العمل في مصر ولبنان ، فالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى يقول : « طلاق المكره والسكران لا يقع » دون تفرقة ، وكذلك قانون حقوق العائلة تنص المادة - ١٠٤ - منه على أن : «طلاق السكران غير معتبر » .

---

(١) هكذا فرق الفقهاء بينهما ومن تأمل التعريفين وجد أن الغضب حالة تمـاري الشخص فتختل أقواله وأفعاله وبهذا يدخل في المدهوش . ويمكن تعريفه بأنه الذي فقد تمييزه من غضب وغيره فلا يدري ما يقول ويفعل .

٣ - ألا يكون مكرهاً عند جمهور الفقهاء « المالكية والشافعيه والحنابلة والجعفرية» لحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ولأن المكره وإن تكلم باللفظ المفيد للطلاق إلا أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه فيكون اختياره للطلاق فاسداً فلا يعتبر .

والحنفية لم يشترطوا عدم الأكراه ، لأن الأكراه عندهم يفسد الرضا دون الاختيار ، فالمكره حين تكلم بكلمة الطلاق كان له اختيار . فقد وازن بين الأمرين « التلفظ بالطلاق ووقوع ما هدد به » فاختار أهونهما ، فهو مختار في التكلم لكنه غير راض بالأثر الذي يترتب عليه فيقع طلاقه كالهازل الذي قصد اللفظ ولم يقصد ترتب الأثر عليه ، وطلاق الهازل واقع بالحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية العتاق بدل الرجعة .

والعمل يجري في مصر ولبنان على رأي الجمهور وهو عدم وقوع طلاق المكره . فقانون حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٥ - منه على أن « الطلاق الواقع بالأكراه غير واقع» ثم بعد ذلك لا يشترط في المطلق أن يكون رشيداً ، فالسفيه يقع طلاقه بالاتفاق بين أهل السنة والجعفرية ، لأنه يملك إنشاء الزواج فيملك إنهاءه ، لأنه حكم من أحكامه ، والحجر لا يكون إلا في التصرفات المالية .

كما لا يشترط أن يكون جاداً فيقع طلاق الهازل للحديث السابق .

وخالف الجعفرية فقالوا : إن طلاق الهازل لا يقع ، لأنهم شرطوا القصد ، والهازل لم يقصد الطلاق بل قالوا : إنه لو أوقع الطلاق وبعد النطق بالصيغة قال : لم أقصد الطلاق يقبل منه ذلك ما دامت المرأة في العدة ، لأنه إخبار عن نيته التي لا تعلم إلا من قبله .

أما المخطئ وهو الذي يريد أن ينطق بكلام غير الطلاق فيجري على لسانه

الطلاق بغير قصد كأن يقصد أن يقول لزوجته : أنت لطيفة أو مهذبة فيجري على لسانه: أنت طالق . فالجعفرية يذهبون إلى عدم وقوع طلاقه مطلقاً .

أما الحنفية فيقولون : إنه لا يقع طلاقه ديانة أي بينه وبين الله فيحل له البقاء مع زوجته ، ولكنه يقع قضاء بمعنى أنه لو اختلف الزوجان فقالت له : طلقت ، وقال لا لم أقصد طلاقا . حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم بناء على الظاهر ، ولو قبل القاضي دعوى الخطأ لانفتح باب التحايل .

والفرق عندهم بين المخطيء والهازل : أن الهازل قصد النطق بكلمة الطلاق ولكنه لم يقصد ترتب الأثر عليها ، ومثل هذا يلهو في موضع الجد فاستحق العقاب بألزامه أثر ما قصد منه ، أما المخطيء فلم يقصد النطق بالكلمة أصلا وبالتالي لم يقصد ترتب أثرها عليها فلم يكن منه ما يستحق عليه العقاب فافترقا ، ومن هنا قالوا : إن من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لا يقع طلاقه لأنه وإن قصد النطق بها إلا أنه لا يعي مدلولها ولا ما تستعمل فيه فكانت لغوا .

من يقع عليها الطلاق :

إذا كان الطلاق يرفع قيد النكاح ويحل رابطة الزوجية فلا بد أن تكون المرأة المطلقة في زوجية قائمة حقيقة أو حكما ولو قبل الدخول ، فالمعقود عليها عقداً صحيحاً محل للطلاق قبل الدخول وبعده كذلك المعتدة من طلاق رجعي أو بائن ببينونة صغرى ما دامت في العدة ، لأن الزواج باق حكما أثناء العدة ، أما الرجعية فظاهر لأن ملك الاستمتاع قائم ، وأما البائنة فلأن بعض أحكام قائمة كوجوب النفقة وبقائها في منزل الزوجية وعدم حل زواجها من آخر ، وكذلك المعتدة من كل فرقة اعتبرت طلاقاً ، أما المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى فليست محلا للطلاق لانتهاء الملك والحل ، وكذلك المطلقة قبل الدخول لأنه لا عدة عليها ، والمعتدة من فرقة اعتبرت فسخا بحكم الشرع ، كالفرقة بخيار

البلوغ أو الأفاقة أو لعـــدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر ، لأن الفسخ نقض للعقد ، وإذا انتقض العقد لم يكن له وجود حتى يلحقه طلاق .

ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية إلا المعتدة من فسخ زواجها بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة المشركة عن الأسلام بعد إسلام زوجها ، فأنه يقع عليها الطلاق في العدة على ما هو الراجح من المذهب [1] وكذلك لا يقع الطلاق على المعقود عليها فاسدا أو باطلا ، هذا هو مذهب الحنفية ومن وافقهم .

أما الجعفرية فيذهبون إلى أن التي يقع عليها الطلاق هي الزوجة في الزواج الدائم بشروط .

١ – أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس في المدخول بها غير الحامل الحاضر زوجها ، وكذلك الغائب الذي يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر ، أما إذا كان لا يعلم ذلك فعليه أن يتحرى فترة الانتقال ، فإن طلقها بعد التحري وقع الطلاق وإن صادف الحيض ، أما إذا لم يتحر وطلقها وصادف الحيض فلا يقع .

٢ – أن يكون الطلاق في طهر لم يمسها فيه ، ويسقط هذا الشرط في الصغيرة والآيسة والحامل .

٣ – تعيين المطلقة بأن يقول : فلانة طالق ، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال [2] .

وقانون حقوق العائلة ينص في المادة – ١٠٣ – منه على أن « محل الطلاق

---

(١) وجه الاستثناء : أن الفرقة فيها ليست بسبب بنقض العقد من أساسه ، وإنما كان لطروء حال تنافي بقاء العقد فأشبهت بذلك فرقة الطلاق من ناحية أنها إنهاء لعقد صحيح قائم لم يرتفع ابتداء . وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزواجها ما دامت في العدة التي هي أثر من آثار ذلك النكاح الصحيح ومن هنا اعتبرت محلا للطلاق شأنها في ذلك شأن المعتدة من طلاق .

(٢) شرائع الأسلام جـ ٢ ص ٥٤ .

المرأة المنكوحة بالنكاح الصحيح أو المعتدة ، أما الزوجة المعتدة التي فسخ نكاحها فليست محلا للطلاق » .

فهو يتفق مع مذهب الحنفية إلا في صورتي الفسخ التي يقع الطلاق في عدتها إذا أخذنا المادة على ظاهرها وإطلاقها من أن المراد بالمعتدة الأولى المعتدة من طلاق فقط ، والمراد بالمعتدة الثانية من فسخ .

أما إذا لاحظنا أن صورتي الاستثناء ملاحظ فيها شبهها بالطلاق وقيدنا من فسخ نكاحها بمن نقض عقدها من أساسه يكون متفقا مع المذهب الحنفي تماماً . لكن يظهر أن المشرع لم يرد ذلك فلا نحمل كلامه مالا يحتمله ونبقيه على ظاهره .

المبحث الثالث

في الطلاق الذي يملكه الزوج

حدد الأسلام للطلاق عدداً ينتهي عنده ، وهو ثلاث تطليقات في قوله تعالى: « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بأحسان ... إلى أن قال : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، بعد أن كان في الجاهلية لا يقف عند حد ، وكان ظلماً صارخاً للمرأة فحماها بهذا التحديد وجعله ثلاثا للزوج أن يراجع زوجته في الأوليين منهما محافظة على رباط الزوجية من أن ينقطع مرةواحدة،ودفعاً للحرج الذي قد يلحق بالأزواج الذين يتسرعون في إيقاع الطلاق،ولو جعله مرة واحدة لوقع كثير من الأزواج في الحرج فيما إذا صدر الطلاق لأمر عارض ثم زال أو لنفرة طارئة ثم تبدلت الأحوال وزالت النفرة .

الطريقة التي يوقع بها الطلاق

والشارع الذي ملك الرجل الطلاق وحدده بثلاث مرات لم يتركه ليوقعه كيف شاء ومتى شاء ، بل رسم له طريقة إيقاعه وأرشده إلى اتباعها ونهاه عن مخالفتها .

ففي الآية السابقة بين له أول خطوة يخطوها في إيقاعه . وهي أن يكون مفرقاً « الطلاق مرتان » أي مرة بعد مرة .

يدل لذلك أنه لما طلق رجل امرأته ثلاثا دفعة واحدة غضب رسول الله وخطب الناس فقال: « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » .

والخطوة الثانية جاءت في الحديث الذي رواه الجماعة إلا الترمذي أن عبدالله بن عمر طلق امرأة له وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فتغيظ رسول الله ثم قال : « ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » [1] . فهذا الحديث يدل على أن الطلاق في الحيض غير مشروع لغضب رسول الله ، ويرشد إلى أن الطلاق المشروع هو ما يكون في طهر لم يمسها فيه .

والحكمة في أنه لا بد من مراعاة وقت الطلاق بألا يكون في الحيض أو في الطهر الذي مسها فيه أن حالة الحيض منفرة ، فالطلاق فيها لا يدل على وجود الحاجة الداعية إلى الطلاق فوق أن الطلاق في هذه الحالة يلحق الضرر بالمرأة حيث يطول عليها العدة ، لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تحتسب منها وإن مخالطة المرأة تفتر الرغبة فيها فطلاقها بعد ذلك لا يدل على تحقق الحاجة

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٨

إلى الطلاق مع أنه يوقع المرأة في الحيرة في أمر عدتها حيث لا تدري أحملت من تلك المواقعة فتعتد بوضع الحمل أم لم تحمل فتعتد بالأقراء، هذا مع ما يلحق الرجل من الندم إذا ما تبين له أن امرأته حامل، أما طلاقها في طهر لم يمسها فيه فيـدل على وجود الحاجة إلى الطلاق حيث أقدم عليه في هذا الوقت الذي تتوق فيه نفس الرجل إلى المرأة.

وهذا إنما يكون في المرأة المدخول بها ، أما غير المدخول بها فالرغبة فيها موجودة في أي وقت والحيض لا يقلل رغبته فيها حيث لم يلتق بها بعد .

ومن هنا قسم العلماء الطلاق إلى نوعين طلاق السنة وطلاق البدعة . وجعلوا طلاق السنة هو الذي يجيء على الطريقة التي رسمها الشارع ، وطلاق البدعة هو الطلاق الذي جاء على خلافها بأن يطلق أكثر من واحدة أو عـلى دفعات في طهر واحد ، أو يطلقها في أثناء الحيض أو النفاس أو في طهر واقعها فيه .

وهذا الطلاق المخالف للسنة حرام ، ومن يفعله يكون آثماً بلا خلاف في ذلك، ولكنهم اختلفوا في وقوعه فأصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى وقوعه، لأن النهي عنه ليس لذاته ، وإنما لمعنى يصاحبه وهو تطويل العدة على المرأة ، أو ندم الرجل عليه ، أو كونه ليس لحاجة ، ومثل هذا لا يمنـــع من ترتب الأثر عليه ، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة فأنه منهى عنه ومع ذلك لو تم البيع ترتب عليه أثره .

ولأن رسول الله أمر ابن عمر بمراجعة زوجته ، والرجعة لا تكون الا بعد وقوع الطلاق ، وقد جاء في بعض روايات هـــذا الحديث أن عبدالله قال : « فحسبت على طلقة ».

وذهب آخرون ومنهم الجعفرية إلى أنه لا يقع به الطلاق ، لأن النهي يدل

على الفسادفلا يترتب عليه أثر ، لأنه جاء في حديث ابن عمر أنه قال : « فردها على ولم يرها شيئاً » .

هذا حكم الطلاق في غير الطهر . أما الطلاق المتعدد دفعة واحدة فالحكم فيه على التفصيل الآتي :

المبحث الرابع

في الطلاق الثلاث بلفظ واحد

إذا كان الطلاق مشروعاً ثلاث مرات، وأن السنةتفريقها فجمعها مرةواحدة سواء كان بلفظ واحد باقترانه بعدد الثلاث ملفوظاً أو مدلولا عليـــه بالأشارة أو بتكرار اللفظ ثلاث مرات يكون مخالفاً للسنة ، ولكن هل يقع بهـا الطلاق أولا ، وإذا وقع هل يقع واحدة أو ثلاثاً ؟

في هذا الموضع اختلف الفقهاء . فذهب الجمهور من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى وقوعه ثلاثـــاً . سواء كانت المرأة مدخولا بها أو لا إذا كان مقروناً بلفظ الثلاثة أو مدلولا عليه بالأشارة . كأنت طالق وأشار إليها بأصابع ثلاثة مرفوعة ، وكذلك إذا كرر اللفظ أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكانت المرأة مدخولا بها ، لأن الأولى وقعت عليها وهي زوجة ووقع الباقي عليها في عدتها .

وأما إذا كانت غير مدخول بها فيقع عليها واحدة فقط ، لأنها تبين منه بها لا إلى عدة فجاءت الثانية والثالثة والمرأة أجنبية فلا يقع بها شيء .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بها واحدة رجعية فقط في الصورتـــين

« الجمع والتكرار » وهو مذهب الجعفرية [1] واختاره ابن تيمية وتلميـــذه ابن القيم

ونقل عن بعض الجعفرية أنه لا يقع به شيء لأنه منهى عنه فيكون غـــير مشروع فإذا وقع يكون لغواً ، ولكل من تلك الآراء أدلة لسنا في حاجة الآن إلى غرضها للمناقشة والموازنة وسنكتفي ببيان المعمول به في مصر ولبنان .

ففي مصر يجري العمل على الرأي الثاني وهو أنه يقع واحدة رجعية كانصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو أشارة لا يقع إلا طلقة واحدة » بعد أن كان يقـع ثلاثـاً حسب المذهب الحنفي .

وقد عللت المذكرة الأيضاحية هذا العدول بأنه التيسير على الناس الذين يندفعون إلى هذا النوع من الطلاق . وإيجاد مخلص لهم لا يضطرون معه إلى زواج التحليل أو التما ر الفتوى بفساد العقد كما يرى بعض الفقهاء .

ثم إن المادة صريحة في أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة يقع واحدة لكنها لم تعرض للطلاق الثلاث المكرر في مجلس واحد . فهل يكون الحكم فيه أنه لا يقع إلا واحدة أو يبقى العمل به على ما هو الراجح من مذهب الحنفية ، لا شك أن عبارة المادة لم تتناوله بلفظها ، وأنها جاءت على صورة الاستثناء من المذهب المعمول به، وهذا يقتضي الوقوف عند حرفية المادة لأن الاستثناء لا يتوسع فيه . لذا كان عمل المحـاكم على وقوع الثلاث عنـد تكرار اللفظ ثلاثاً [1] .

---

(١) يقول الشيخ جواد مغنية في كتابه الأحوال الشخصية ص ١٢٩ في سياق مذهب الأمامية في صيغة الطلاق : ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو أنتِ طالق أنت طالق أنت طالق تقع طلقة رجعية مع تحقق الشروط .

(٢) كما يقول الشيخ الخفيف في كتابه فرق الزواج ص ٩٦ .

ومن ناحية أخرى نجد أن الهدف الذي يرمي إليه المشرع هو التيسير على الناس بمنع وقوع الطلاق المجموع ، وأن الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يخرج عن كونه طلاقاً متعدداً فهو في معنى الطلاق المقترن بعدد ، وأن الحكم في الحالتين واحد . فمن يقول بوقوع الثلاث بأحدهما يقول بوقوعه بالآخر ، ومن يقول بوقوع واحد يسوى بينهما ، وهذا يقتضي تعميم الحكم للصورتين ، لأن الظاهر أن المشرع قصد العدول عن مذهب إلى مذهب مخالف له لا العدول بإحدى الصورتين فقط وبخاصة إذا لاحظنا أن المكرر قد يقصد به مجرد التأكيد لا التأسيس .

أما في لبنان ففي المحاكم الجعفرية يجري العمل بالمذهب الجعفري وهو يوقع واحدة رجعية في الصورتين ، أما المحاكم السنية فلا يزال العمل بها يجري على الراجح من مذهب الحنفية حيث لم يصرح قانون حقوق العائلة بشيء في هذه المسألة غير ما جاء بالمادة — ١٠٨ — من أن « الزوج يملك تطليق الزوجة ثلاث مرات » .

الفصل الثالث

في تقسيمات الطلاق

وفيه مباحث

ينقسم الطلاق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة ، وقد تقدم تقسيمه باعتبار لفظه إلى صريح وكناية ، ولا يظهر لهذا التقسيم أثر إلا في كونه يحتاج في إيقاعه إلى النية أو لا.

وتقسيمه إلى سني وبدعي ، وليس لهذا التقسيم أثر عند الجمهور إلا في أن البدعي يأثم موقعه لأن كلا منهما يستتبع أثره من الوقوع،وإنما يظهر له أثر عند من يمنع وقوع الطلاق بالبدعي من جهة الوقت أو يقول بوقوع واحدة في البدعي من حيث العدد .

بقيت تقسيمات أخرى نعرض لتفصيلها فيما يلي :

المبحث الأول

في تقسيمه إلى منجز ومعلق ومضاف

ينقسم الطلاق باعتبار تقييد الصيغة وإطلاقها إلى منجز ومضاف ومعلق .

فالمنجز : هو الذي صدرت صيغته مطلقة غير معلقة على حصول أمر آخر ولا مضافة إلى زمن مستقبل مثل أن يقول لها : أنت طالق أو طلقتك .

وحكمه : وقوع الطلاق به بمجرد صدوره ، لأن الشارع وضعه ليفيد أثره عقب صدوره ممن هو أهل لإيقاع الطلاق على امرأة هي محل لوقوعه بأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً .

والمضاف : هو الذي صدرت صيغته مقيدة بوقت مستقبل قصد المطلق وقوع الطلاق فيه . بأن ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط . كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أول العام القادم أو أنت طالق غداً .

وحكمه : وقوع الطلاق به عند مجيء ذلك الوقت المضاف إليه لا قبله إذا كان الرجل أهلاً للطلاق عند صدور الصيغة منه ، والمرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند حلول ذلك الوقت ، فلو قال أنت طالق في أول العام القادم ثم طلقها منجزاً فإذا جاء الزمن المضاف إليه وهي في العدة وقع عليها الطلاق المضاف فإذا كانت عدتها قد انتهت لا يقع عليها شيء .

وكذلك إذا أضاف الطلاق وهو أهل للطلاق ثم جاء الوقت المضاف إليه وهو مجنون وقع الطلاق لأن العبرة بأهليته عند التلفظ بالطلاق .

والمعلق : هو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سيحصل في المستقبل بأن رتب وقوعه على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط. أو ما في معناها . كإن وإذا وكلما ومتى ونحوها . كأن يقول لامرأته : إن سافرت في هذا اليوم فأنت طالق ، أو متى حضر فلان لزيارتنا فأنت طالق ، و كلما خرجت بدون أذني فأنت طالق .

والتعليق نوعان : تعليق لفظاً ومعنى ، وتعليق معنى فقط .

فالأول : وهو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان الأمر المعلق عليه اختيارياً يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري .

والاختياري قد يكون من أفعال الزوجة نحو : إن خرجت بدون إذني أو كلمت فلاناً فأنت طالق ، وقد يكون من أفعال الزوج نحو : إن لم أسافر اليوم فأنت طالق،وقد يكون من فعل غيرهما . نحو إن لم يسافر أخوك اليوم فأنت طالق .

وغير الاختياري نحو : إن أمطرت السماء فأنت طالق ، أو إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين سمي تعليقاً ويسمى يميناً أيضاً لأنه يفيد ما يفيده اليمين من الحمل أو الامتناع عنه ، وإن كان المعلق عليه من فعل غيرهما أو كان أمراً غير اختياري فهو تعليق بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا في تسميته يميناً . فمن الفقهاء من يسميه يميناً لوجود الصورة وهي الشرط والجزاء ، ومنهم من لا بسميه يميناً لأنه لا يفيد ما يفيده اليمين وهو الأشبه بالفقه .

والثاني : وهو التعليق في المعنى فقط وهو ما يفهم منه التعليق بدون ذكر أداة من أدواته نحو قول الزوج : علي الطلاق أو يلزمني الطلاق لا أفعل

كذا ، فإنه في معنى . إن فعلت كذا فزوجتي طالق ، وكقوله : علي الطلاق لأسافرن اليوم فإنه في معنى إن لم أسافر اليوم فامرأتي طالق ، فإذا لم يتحقق السفر في هذا اليوم وقع الطلاق ، وهذا الذي يسمى بالحلف بالطلاق أو اليمين بالطلاق .

حكمه : والتعليق بنوعيه يقع به الطلاق إن وقع المعلق عليه عند الحنفية بعد أن تتحقق شروط صحته بأن يكون المعلق عليه معد وما ممكن الحصول ، فإن كان معدوماً مستحيل الوجود كان لغواً . كما إذا قال لها : إن جاء أبوك بحجر أكفانه فأنت طالق ، أو إن شربت ماء هذا البحر كله فأنت طالق .

وكذلك لو علقه على مشيئة الله تعالى . كأن يقول لها : أنت طالق إن شاء الله ، لأن المعلق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فكان لذلك كالتعليق على المستحيل .

وأن يحصل المعلق عليه والمرأة محل للطلاق كأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً . وقد وافق الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء .

وذهب الجعفرية وبعض الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق المعلق بل ولا المضاف لأن الطلاق كالزواج وكما لا يصح الزواج المضاف أو المعلق فكذلك الطلاق ، ولاحتمال أن يجيء ذلك الوقت وهي ليست بزوجة بموتها أو بطلاقها قبله فيكون لغواً .

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن اليمين بالطلاق وهو التعليق المعنوي لايقع به طلاق ، بل إن وقع الحنث به وجب فيه كفارة اليمين ، والمعلق إن قصد به مجرد التهديد بالحمل على الفعل أو الامتناع عنه لا يكون طلاقاً ، وإن قصد به الطلاق وقع طلاقاً .

وهذا التفصيل طبعاً فيما إذا كان المقام يحتمل إرادة الطلاق أو التهديد، فأما

إذا كان المقام لا يحتمل الأمرين . كما إذا سألت المرأة زوجها الطلاق فقال : إن أبرأتني من مؤخر الصداق والنفقة فأنت طالق فأبرأته . فإن هـذا لايحتمل شيئاً غير إرادة إيقاع الطلاق فيقع .

المعمول به الآن

أما في لبنان فالمحاكم السنية على الراجح من مذهب الحنفية ، لأن قانون حقوق العائلة ينص في المادة – ١٠٦ – على أن: « شرط تعليق الطلاق صحيح » ، كما تنص المادة – ١٠٧ – على أن: « إضافة الطلاق للزمان المستقبل صحيح » ، فقد قرر بهذا أصل المبدأ ، والتفصيل يرجع فيه إلى المذهب الحنفي لأنـه كالسكوت عنه

وفي المحاكم الجعفرية يجري العمل على مقتضى مذهبهم الذي يمنع وقوع الطلاق المعلق بنوعية والمضاف ، أما في مصر فقد كان المعمول به قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو الراجح من مذهب الحنفية ، وبعد صدور هذا القانون تغير الوضع حيث نصت المادة الثانية على أنه : « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » ، وجاء بالمذكرة الأيضاحية شرحاً لهذه المادة ما يلي :

أن الطلاق ينقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقـاع الطلاق فوراً ، وإلى مضاف كأنت طالق غداً ، وإلى يمين نحو عليّ الطلاق لا أفعل كذا ، وإلى معلق كأن فعلت كذا فأنت طالق ، والمعلق إن كان غرض المتكلم بـه التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين ، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ ، أما باقي الأقسام فيقـع بها الطلاق .

وبهذا يكون وقوع الطلاق بالأنواع الآتية :

١ ـ المنجز . ٢ ـ المضاف إلى زمن مستقبل . ٣ ـ المعلق الذي لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وإنما يقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . كأن يعلق على فعل غير اختياري له أو لها . كأن يقول لها : إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن هذا واضح في أنه لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، أو يقول لها عند طلب الطلاق : إن أبرأتني من جميع الحقوق المالية فأنت طالق . وما شاكل ذلك .

ولا يقع بالحلف بالطلاق . كعليّ الطلاق لأفعلن كذا ، والتعليق الذي قصد به التخويف أو الحمل فقط . كإن خرجت أو سافرت أو كلمت فلانا فأنت طالق ، وإن كان يقصد به الأمرين التخويف أو الحمل ووقوع الطلاق وقع به لأنه لا يكون في معنى اليمين،فالعبرة في عدم الوقوع قصد غير الطلاق ، فإن قصد الطلاق فقط أو قصد الأمرين معاً وقع به ، فإذاوجدت قرينة تدل على قصد الطلاق عمل بها ، وإن لم توجد كان المعول عليه قصده، فإن اتفقا على شيء عمل به ، وإن اختلفا بأن ادعت الزوجة أنه قصد الطلاق وادعى الزوج أنه قصد الحمل أو التخويف كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أدرى بقصده فإن حلف لم ايقع الطلاق ، وإن امتنع عن اليمين حكم بالطلاق لأن امتناعه إقرار بدعوى لزوجة

المبحث الثاني

في تقسيمه إلى الرجعي والبائن

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها

إلى رجعي وبائن ، فالرجعي هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إعادة مطلقته في عدتها إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد رضيت بذلك الزوجة أولا .

والبائن هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة الزوجة بالرجعة . وهو نوعان:

١ – بائن بينونة صغرى . وهو الذي يستطيع إعادة المطلقة بعده بعقد جديد سواء كان ذلك في العدة أو بعدها .

٢ – بائن بينونة كبرى . وهو الذي لا يستطيع إعادتها إلا بعد تزوجها بزوج آخر ويدخل بها وينتهي زواجه بطلاق أو بموت .

ما يقع به كل من الرجعي والبائن

مذهب الحنفية :

يقع الرجعي بكل لفظ صريح بعد الدخول الحقيقي إذا كان مجرداً عن وصفه بما يفيد البينونة كوصف الشدة أو القوة أو الطويلة أو البينونة أو تملكين بها نفسك ولم يكن على مال أو مكملا للثلاث .

وكذلك كل لفظ من ألفاظ الكناية التي لا تفيد فصل الزوجية . كاعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة إذا نوى بها الطلاق .

ويقع البائن بما سوى ذلك في الحالات الآتية :

١ – إذا كان قبل الدخول بأي لفظ ولو بعد الخلوة الصحيحة . وإن وجبت عليها العدة لأنها وجبت للاحتياط للمراجعة .

٢ – إذا كان بلفظ صريح موصوف بما يفيد البينونة كأنت طالق طلقة قوية أو شديدة أو بائنة أو تملكين بها نفسك أو أشد الطلاق أو مثل الجبل .

٣ ـ إذا كان في مقابلة عوض من المرأة . لأنها لم تدفع العوض إلا لتخلص لها نفسها .

٤ ـ إذا كان مكملا للثلاث سواء كان مفرقا أو مجموعاً بتكراره في مجلس واحد أو مقترناً بالعدد لفظاً أو إشارة .

٥ ـ إذا كان بلفظ من ألفاظ الكناية التي تفيد الشدة أو القوة . كأنت بائن أو خلية أو برية أو بتة أو ألحقي بأهلك إذا نوى بها الطلاق .

وبهذا لا يكون مناط الرجعية أو البينونة كون اللفظ صريحا أو كناية. لأن من الصريح ما يكون رجعيا وما يكون بائنا . وكذلك الكناية .

مذهب الجعفرية يقسم طلاق السنة إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ رجعي . وهو ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع .

٢ ـ وبائن وهو ما لا يصح معه الرجعة ويشمل : طلاق غير المدخول بها ، والطلاق الخلعي ، والآيسة حيث لا عدة عليها [١] . والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان، والصغيرة التي لم تبلغ الحيض .

٣ ـ طلاق العدة وهو أن يطلقها تسع مرات على الطريقة التي شرحناها عند الكلام على المحرمات . فهذه تحرم عليه تحريماً مؤبداً . والمطلقة ثلاثا تحرم عليه تحريماً مؤقتاً [٢] .

---

(١) وقالوا : إن آية « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » مراد بها اللاتي ارتفع حيضهن ولا تدرون هل انقطع لمرض أو لكبر فهي خاصة بمن شك في يأسهن

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ ، والأحوال الشخصية للشيخ مغنية ص ١٣٤ وما بعدها ، وشرائع الأسلام ج ٢ ص ٥٧ .

وقانون حقوق العائلة يجعل من الطلاق رجعيا وبائناً، ويربط الرجعية باللفظ الصريح ما لم يكن قبل الدخول أو على عوض أو مكملا للثلاث، والبينونة بواحد من تلك الأنواع الثلاثة وبالألفاظ التي تفيد البينونة . كما جاء بالمادتين ١١١ ، ١١٦ . ونصهما م ١١١ « إذا طلق زوجته باللفظ الصريح بعد مقاربتها يقع الطلاق رجعيا » م ١١٦ « إذا طلق رجل زوجته بنكاح صحيح قبل مقاربتها يقع الطلاق بائنا وكذا يقع بائنا بالألفاظ التي تفيد البينونة وإذا طلقها على عوض » .

وفي آخر المادة ١١٥ يقول « وتحصل البينونة القطعية بالطـــلاق الرجعي الثالث» فقد جعل الطلاق البائن في أربع حالات. قبل المقاربة، والمقابل بعوض ، والمكمل للثلاث ، والألفاظ التي تفيد البينونة ، **فهو يتفق في جملته مع مذهب الحنفية وإن جاءت صياغته خالية من الدقة لأن بعض الألفاظ غير الصريحة يقع بها طلاق رجعي كما قرره المذهب الحنفي ، ولأن الطلاق الثالث لا يوصف بالرجعية حتى ولو كان صريحا .**

ومن هذا يتبين ما عليه العمل بلبنان .

أما في مصر فقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن مذهب الحنفية إلى ما نصت عليه المادة الخامسة منه وهو « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

والذي نص على كونه بائنا في هذا القانون هو التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين ، والتطليق بسبب غيبة الزوج ، والتطليق بسبب حبس الزوج مدة طويلة .

والذي نص على كونه بائناً في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو التفريق بسبب عيوب الرجل كالجنون والجذام والبرص وغيرها من العيوب التي أضيفت

إلى ما كان يفرق بها من مذهب الحنفية وهي الجب والخصاء والعنة ، وقـــد نصت مذكرته الأيضاحيـة على أن مصدر هذه المادة مذهب مالك والشافعي، فهي تتفق معهما في أنها ضيقت دائرة الطلاق البائن ، ولكنها خالفتهما في الطلاق المقترن بعدد الثلاث حيث اتفقوا على وقوعه ثلاثاً ، وهو جعلها واحـــدة في المادة الثالثة .

ثم أشارت المذكرة بعد ذلك إلى أن التفريق بسبب اللعان أو العنـة والجب والخصاء أو بسبب إباء الزوج عن الدخول في الأسلام عند إسلام زوجته يبقـى الحكم فيها على وفق مذهب الحنفية أن يكون طلاقاً بائناً ، ولكنها سكتت عن الطلاق بسبب الأيلاء فهل يعتبر الطلاق الواقع به بائنا كما هو مذهب الحنفية أو يكون رجعيا كمذهب مالك والشافعي ؟

هذه المسألة يتنازعها أمران . أولهما أن الأصل فيما سكت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها بائناً .

وثانيهما : أن القانون صرح بأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيـــاً وكل طلاق يقع رجعياً إلا كذا وكذا ولم يعد هذا الطلاق من المستثنيـــات ، كما أن المذكرة الأيضاحية بينت الحالات التي يبقى فيها العمل بمذهب الحنفية ولم تذكره منها ، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها رجعياً .

فأصبحت بذلك مترددة بين الرجعية والبائنـــة فيبحث عن المرجح . ومن يدقق النظر يجد أن الأصل الثاني أقوى من الأصل الأول ، لأن الأول عام والثاني خاص بالموضوع وبخاصة إذا لاحظنا أن مسلك القانون بوجه عام يميـــل إلى التخفيف في أمور الطلاق، ولا شك أن ذلك يرجح كونها رجعيـــة ، ولأن أدلة المذهب الذي يجعل الأصل في الطلاق الرجعية أقوى من أدلة المذهب المقابل به كقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » فيثبت ذلك الحق له فيما عدا ما استثناه الدليل .

أحكام الطلاق الرجعي والبائن

إذا كان عقد الزواج يترتب عليه جملة من الآثار . منها ملك الزوج الاستمتاع بزوجته، وثبوت التوارث بين الزوجين ، وأن الزوج يملك تطليق زوجته ثلاث تطليقات فتبقى الزوجة حلالا لزوجها ما لم يستنفذ الطلقات الثلاث يجوز له أن يعقد عليها بعد طلاقها الأول والثاني . فما أثر الطلاق في تلك الآثار ؟ لا شك أن تلك الآثار تتأثر بالطلاق غير أن الأثر يختلف باختلاف نوع الطلاق .

فالطلاق الرجعي لا يؤثر في الرابطة الزوجية ما دامت العدة موجودة . فملك الاستمتاع باق للزوج فله معاشرتها معاشرة الأزواج ويكون ذلك رجعة له عند الحنفية ، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ولا يحل مؤخر الصداق ، لأن الزواج لم ينته بعد ، فإذا انتهت العدة انتهى ملك الاستمتاع وحل مؤخر الصداق وانتهى سبب التوارث ، لكن حل هذه المرأة باق يجوز لمطلقها أن يعقد عليها في أي وقت ما لم تتزوج غيره . غير أن الرجل يصبح بعدها لا يملك تطليقها إلا مرتين فقط بعد أن كان يملك ثلاثا، وعلى ذلك لا يكون للطلاق الرجعي أثر إلا نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، وتحديد أمد الزوجية بمدة العدة بعد أن كانت دائمة غير محدودة ، فإذا ما انتهت العدة بانت منه المرأة وانتهى ملكه ولا يجوز له قربانها إلا بعد عقد جديد ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ما دامت العدة قائمة وقد نص قانون حقوق العائلة في المادة - ١١٢ - على أن : « الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق إرجاع زوجته قولا أو فعلا ولا يسقط هذا الحق بالأسقاط » وفي المادة - ١١٥ - على أن : « الرجوع صحيح بعد الطلاق الأول الرجعي وكذا بعد الثاني » .

أما الطلاق البائن بينونة صغرى فيظهر أثره في الأمور الآتية :

١ – أنه يزيل ملك الاستمتاع . فلا يحل له منها شيء إلا إذا أعادها بعقد جديد ، ومن هنا لا يزيل حل المرأة حيث لم يوجد سبب يحرمها عليه ، فيجوز له العقد عليها في أي وقت في العدة أو بعدها ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك لا الحل .

٢ – يحل به مؤخر الصداق المؤجل .

٣ – يمنع التوارث إذا مات أحدهما في اثناء العدة لانتهاء سبب الأرث وهو الزوجية إلا إذا كان الطلاق في مرض موت الزوج بقصد الفرار من ميراثها فإنها ترثه إذا مات قبل انقضائها .

٤ – ينقص به عدد الطلقات .

وبهذا جاءت المادة – ١١٧ – من قانون العائلة تقول : « الطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال ولا يمنع طلاق واحد بائن أو طلاقان من تجديد النكاح وتحصل البينونة بعد الطلاق الثالث » .

أما البائن بينونة كبرى فإنه يقطع الزوجية ولا يبقى لها أثر بعده إلا العدة وأحكامها ، فيحل مؤخر الصداق ويمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق بقصدالفرار من الميراث ، وتحرم على المطلق تحريماً مؤقتاً فلا يحل له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها ثم تنتهي هذه الزوجية بالموت أو الطلاق ، وهذا معنى قولهم : إن البائن بينونة كبرى يزيل الأمرين الملك والحل معـاً بمجرد وقوعه لكنه زوال مؤقت .

وبهذا صرحت المادة – ١١٨ – ونصها « تزول البينونة القطعية إذاتزوجت الزوجة بعد انقضاء عدتها بأخر بدون قصد التحليل وقاربها الزوج الآخر ثم فارقها وانقضت عدتها » .

وقد نبهنا من قبل إلى أن الجعفرية يوافقون جماهير فقهاء أهل السنة في أن

الطلاق الثالث يحرم الزوجة مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً آخر لكنهـــم استثنوا صورة واحدة جعلوا التحريم فيها مؤبداً وهي ما إذا طلقها رجعياً ثم راجعهـا في العدة وخالطها، ثم طلقها في طهر آخر غير الذي خالطها فيه ثم راجعها كذلك إلى أن يتم الثلاث وتتزوج آخر ويطلقها ويعقد عليها الأول ويطلقها ثلاثاً على الوجه السابق، ثم يعقد عليها بعد الزوج الثاني فيطلقها ثلاثـاً وحينئـــذ يكون ما أوقعه عليها تسع تطليقات فتحرم عليه ويسمون هذا النوع من الطلاق طلاق العـدة .

المبحث الثالث

في الرجعة

قلنا إن الطلاق الرجعي : هو الذي يملك الزوج إرجاع زوجته بعده أثنـاء العدة بدون عقد جديد ، لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في الزواج ولا في أحكامه، ونريد هنا أن نبين معنى الرجعة ، ومن له الحق فيها من الزوجين، وما تحصل به الرجعة ، وشروطها والحكم في اختلاف الزوجين فيها فنقول :

الرجعة كما عرفها فقهاء الحنفية . هي استدامة الزوجية القائمة بالقول أو بالفعل أثناء العدة . وإنما كانت الرجعة استدامة للزوجية . لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في عقد الزواج إلا بتحديده بمدة العدة ، فإذا راجع الزوج زوجته فقد ألغى عمل الطلاق في هذا التحديد واستدام الزواج بعد أن كان على وشك الانتهاء .

من له حق الرجعة من الزوجين :

الرجعة حق أثبته الشارع للزوج وحـده في فـترة العدة إن شاء استعمـله

رضيت الزوجة أو لم ترض وإن شاء تركه . لقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » بعد أمر النساء بالتربص مدة العدة ، فقد جعل أزواج المطلقات أحق برجعتهن في مدة العدة إذا رأوا في الرجعة مصلحة ، فإذا لم يجد الزوج فيها مصلحة تركها بلا مراجعة حتى تنتهي عدتها فتبين منه .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر في قصة طلاق ابنه عبد الله لزوجته وهي حائض : « مرة فليراجعها ، » وإذا ثبت هذا الحق للزوج لا يملك إسقاطه بالقول أو التنازل عنه . كأن يقول بعد طلاقها : أسقطت حقي في الرجعة أو لا رجعة لي عليك ، فإن فعل ذلك لا يسقط حقه وله مراجعتها بعد ذلك ، لأن الشارع جعل الرجعة حكماً من أحكام الطلاق الرجعي وأثراً من آثاره بترتيبها عليه في قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فلو أسقطه المطلق كان مغيراً لما شرعه الله ، ولا يملك أحد ذلك التغيير .

وقد صرح بهذا قانون حقوق العائلة في المادة ١١٢ - فقد جاء فيها « ولا يسقط هذا الحق بالأسقاط » .

ما تتحقق به الرجعة :

تتحقق الرجعة بأحد أمرين . بالقول وما يقوم مقامه من الكتابة أو الأشارة ، وبالفعل . أما الرجعة بالقول فتكون بالألفاظ الصريحة . وهي التي لا تحتمل غير الرجعة . نحو راجعت زوجتي أو أمسكتها أو رددتها إلى عصمتي ، أو يقول مخاطباً لها راجعتك أو أمسكتك أو رددتك ...

وهذه الألفاظ لا تحتاج إلى النية لصراحتها ، وتتحقق الرجعة بهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء ، وعليها اقتصر الجعفرية لأن الرجعة كالطلاق لا تكون إلا بالألفاظ الصريحة .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنها تكون بلفظ من ألفاظ الكناية وهي التي تحتمل الرجعة وغيرها . كقوله لها : أنت امرأتي ، أو أنت عندي كما كنت إذا نوى بها الرجعة أو دل الحال على إرادتها ، لأن اللفظ الأول يحتمل أنها بمنزلة امرأته في الأكرام والمعزة ، والثاني يحتمل الرجعة وأنها كما كانت قبل الطلاق في رعايته لها وعنايته بها .

ويقوم مقام اللفظ في تحقيق الرجعة الكتابة على الصورة التي بيناها في الطلاق وكذلك الأشارة من العاجز عن النطق كالأخرس .

وأما الرجعة بالفعل فتكون بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة من المخالطة الجنسية ومقدماتها من اللمس والتقبيل بشهوة عند الحنفية والجعفرية [1] لأن ذلك يدل على رغبته في بقاء الزوجية .

وزاد الحنفية الفعل من جانبها ، فقالوا : إذا قبلته أو لمسته بشهوة وهو يعلم ولم يمنعها كان ذلك رجعة من غير خلاف بين أئمة المذهب .

أما إذا فعلت ذلك بدون علمه كأن فعلته وهو نائم أو خلسة فأبو حنيفة ومحمد يعتبران ذلك رجعة ، لأن فعل ذلك يوجب حرمة المصاهرة لا فرق بين الرجل والمرأة فتكون رجعة حيث لا فارق .

وأبو يوسف يرى أن لا تثبت به رجعة ، لأن الرجعة حق الزوج فقط ، ولو جعلنا فعلها هذا رجعة لشاركته هذا الحق ، أما ثبوت الرجعة بفعلها وهو يعلم ذلك فهو في الحقيقة راجع إلى فعله لأنه بتمكينه لها وأقراره لها على فعلها قد فعل ما يدل على رغبته في استدامة زواجها وإلا كان عاصيا .

---

(١) جاء في شرائع الأسلام ج ٢ ص ٦٠ « ولو قبل أو لامس بشهوة كان ذلك رجعة لأنه يتضمن التمسك بالزوجية » .

شروط صحة الرجعة .

لا تصح الرجعة إلا إذا توفر فيها الشروط الآتية :

١ - أن تكون بعد طلاق رجعي في أثناء العدة . فإن كان الطلاق بائناً لاتصح، لأن البائن يزيل الملك فتملك نفسها . فلا يملك المطلق إعادتها إلا بعقد رضائي منها ، وإن كان رجعياً وانتهت العدة فلا تصح أيضاً لأن العدة إذا انتهت زالت رجعية الطلاق وأصبح بائناً فيقفل باب الرجعة .

٢ - أن تكون الرجعة منجزة غير معلقة ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأنها استدامة النكاح فتكون شبيهة به ، وكما لا يصح التعليق والأضافة في إنشائه لا يصح في استدامته . فلو قال لها : إن لم أتزوج في هذا الشهر فقد راجعتك ، أو إن حضر أبوك فقد راجعتك لا تصح الرجعة ، وكذلك لو قال لها : راجعتك في أول الشهر القادم ، وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة فالمادة - ١١٤ - منه تقول « الرجوع المعلق بالشرط والمضاف للزمن المستقبل ليس بصحيح » .

٣ - يشترط الحنفية في الرجعة بالقول أن يكون المراجع أهلا لمباشرة عقد الزواج ، فلا تصح من المجنون أو النائم أو المغمى عليه ، وكذا السكران على التفصيل السابق عندهم ، وتصح مع الأكراه أو الهزل ، أما الرجعة بالفعل فلا يشترط فيها ذلك ، فلو طلقها ثم جن أو أصابه عته أو سكر ثم فعل بها فعلا يوجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة .

ولا يشترط في صحة الرجعة الأشهاد عليها عند جمهور الفقهاء منهم الحنفية والجعفرية ، فتصح وإن لم يشهد عليها أحداً ، لكنه يستحب الأشهاد لئلا تكون عرضة للأنكار من جانب الزوجة بعد انقضاء عدتها ولا يستطيع إثباتها ،ودفعاً للتهمة عنه فيما إذا علم الناس بطلاقها ثم راجعها بدون إشهاد فإنه يكون عرضة للاتهام بأنه يباشرها بغير زواج .

كما لا يشترط إعلام الزوجة بها وإن كان يندب إعلامها حتى لاتقع في محظور بأن تتزوج غيره بعد انتهاء عدتها أو يقع بينهما النزاع فيها بعدها .

اختلاف الزوجين في الرجعة .

إذا كانت الرجعة تصح من الزوج بدون إشهاد ولا إعلام للزوجة بها فقد يحصل أن يطلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ثم يدعي أنه راجع زوجته فإن وافقته على دعواه تمت الرجعة ، وإن خالفته فقد يكون الخلاف في وقوع الرجعة ، وقد يكون في صحتها بعد اتفاقهما على وقوعها .

فإن كان الخلاف في وقوعها ، بأن يدعي الزوج حصولها وتنكر الزوجة ذلك . ينظر في وقت هذا النزاع ، فإن وقع قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج ولا يلتفت إلى إنكار الزوجة ، لأنه أخبر بشيء يمكنه إنشاءه في الحال فيصدق في دعواه ، لأنه لا فائدة في تكذيبه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها ما دامت العدة قائمة . بل إن ادعاء الرجعة يعتبر في الواقع رجعة لأنه يتضمن تمسكه بالزوجية .

وإن وقع النزاع بعد انقضاء العدة طولب الزوج بالبينة فإن أقامها ثبتت الرجعة حتى ولو كانت تزوجت غيره بعد انتهاء العدة اعتقاداً منها أنه لم يراجعها فإنه يفسخ ذلك العقد ولو بعد الدخول لأنه ثبت أنه عقد فاسد .

وإن عجز عن إقامة البينة فالقول قول الزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد القول قولها مع اليمين **وهو الراجح المفتى به ويجري عليه العمل** . والجعفرية هنا يقولون : إن القول قولها مع اليمين كقول الصاحبين .

وإن كان الخلاف في صحة الرجعة . بأن راجع الزوج زوجته فقالت :

إنها غير صحيحة لأنها جاءت بعد انقضاء المدة ، وقال : إنها صحيحة لأن العدة لا تزال قائمة .

وفي هذا الخلاف إن كانت العدة بالحيض ينظر في المدة التي مضت بين الطلاق والوقت المدعي فيه الرجعة ، فإن كانت تسع ثلاث حيضات كان القول قولها مع اليمين . لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جهتها فإن حلفت أن عدتها انتهت قضى بدعواها ، وإن امتنعت عن اليمين حكم بدعوى الزوج وصحت الرجعة لظهور كذب دعواها .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالقروء عند أبي حنيفة ستون يوماً ، لأنها مقدرة بثلاث حيضات يتخللها طهران ، وأكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وأقل مدة الطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوماً ومجموع ذلك ستون يوماً . وهذا الرأي هو الراجح في المذهب .

وعند الصاحبين أقل مدة تسعة وثلاثون يوماً باعتبار أن أقل مدة الحيضة ثلاثة أيام .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالأقراء عند الجعفرية ستة وعشرون يوماً ولحظتان . لأن العدة عندهم بالأطهار فإذا طلقها في اللحظة الأخيرة من الطهر احتسب من العدة فإذا مضى بعد ذلك حيضتان وطهران انتهت العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقة ، هذا إذا كانت عادتها مستقرة بالزمان فإن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض أخذاً بالاحتياط[1] .

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٢

المبحث الرابع

في زواج التحليل

قدمنا أن الطلاق البائن بينونة كبرى تحرم به المرأةعلى مطلقها تحريما مؤقتا حتى تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا لأن القرآن جعل زواجها بغيره غاية التحريم « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وجاءت السنة وبينت المراد من النكاح ، وهو أنه ليس مجرد العقد ، بل العقد الذي يتبعه دخول حقيقي . فيما رواه البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فأبت طلاقي فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم رسول الله وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ، ولأن ربط حلها بزواجها غيره قصد به الزجر عن الطلاق والتأني فيه ، ولا يتحقق الزجر بمجرد العقد لأن النفس تقبله ولا تأنف منه ، فكان لا بد من الدخول الحقيقي .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء لم يشذ عنه إلا ما روي عن سعيد بن المسيب إن مجرد العقد كاف في التحليل ، وقيل أنه روي عن سعيد بن جبير أيضا ، وهذا قول غريب لم يرتضه أحد ولعل الحديث لم يصلها ، وإذا كان الشارع شرط في الحل النكاح فلا يكون إلا النكاح الصحيح ، فإذا كان العقد فاسداً لا تحل به ولو كان بعده دخول ، وكذلك إذا كان صحيحاً ولم يكن معه دخول حتى ولو كان معه خلوة صحيحة .

والأصل في الزواج الصحيح أن يكون قائما على الرغبة من الجانبين للعيش الدائم وتكوين الأسرة فلو قيد بوقت معين كان فاسداً .

ولكن الناس فهموا هذا الأمر على غير حقيقته . فظنوا أن زواج الزوج الثاني ليس مقصوداً لذاته ، وإنما قصد به تحليل المرأة لزوجها الأول فكان مايحدث كثيراً أن يقع هذا الزواج بقصد التحليل إما بمجرد النية والقصد عند العقد من غير أن يصدر منهما كلام يدل على ذلك القصد ، وإما مع اشتراط أثناء العقد أو قبله . كأن يقول لها : تزوجتك على أن أحلك لمطلقك مما جعل الفقهاء يبحثون في هذا العقد من جهة صحته وأنه يحقق التحليل أو لا . وإليك إجمال آراء الفقهاء فيه .

فالمالكية والحنابلة يذهبون إلى أن زواج التحليل فاسد لا فرق بين ما اشترط فيه التحليل في العقد أو قبله أو بعده وبين ما نوى فيه فقط بدون اشتراط . لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : « هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له » ، فهذا يدل على أن عقد التحليل غير صحيح على أي وجه وقع لعدم التفصيل .

وهذا ما فهمه أصحاب رسول الله . فقد روى عن عمر أنه كان يقول : « لا أوتي بمحلل ولا بمحللة إلا رجمتها بالحجارة » والرجم بالحجارة لايكون إلا على الزنا .

وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم تعلم قال : إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله ﷺ .

ولأن زواج التحليل زواج مؤقت . وهو غير صحيح لأنه لا يحقق الأغراض التي من أجلها شرع الزواج .

وأما الشافعية والحنفية والجعفرية فقد فصلوا في المسألة بين ما إذا كان التحليل بجرد نية لم يوجد ما يدل عليها أثناء العقد وبين ما إذا كان مشروطافيه .

فإن كان منوياً فقط صح العقد وأفاد الحل إذا تم على الوجه المرسوم شرعا لعدم وجود ما يؤثر في العقد بالفساد .

أما إذا شرط فيــه فالشافعية يذهبون إلى فساد العقد لوجود الشرط الفاسد الذي يقتضي فساد العقد ، وأبو يوسف من الحنفية يذهب إلى فساده ، لا لأنه اقترن بشرط فاسد ، بل لأن هذا العقد في معنى الزواج المؤقت، والزواج يفسده التأقيت ، فلا تحل به المرأة لزوجها الأول ولو حصل فيه دخول حقيقي، وذهب محمد بن الحسن إلى أن العقد صحيح لكنه لا يحل المرأة لزوجها معاملة لها بنقيض مقصودهما حيث تعجلا أمراً أخره الشارع فاستحقا العقاب. كما إذا قتل الوارث مورثه .

وذهب أبو حنيفة والجعفرية إلى أن هذا الزواج صحيح ، لأن هــذا شرط فاسد ، والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة ، فيلغو الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ، ولكنه يكون مكروهاً لحديث « لعن الله المحلل والمحلل له » .

وإذا كان العقد صحيحا فللزوج الثاني البقاء مع زوجته لا يستطيع أحــد جبره على مفارقتها ، فإذا فارقها باختياره أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للأول بهذا الزواج .

ومن يمعن النظر في تلك الآراء يجد أرجحها القول بالفساد ، لأنه في معنى الزواج المؤقت وهو فاسد بالاتفاق ، وإنما كان في معنى المؤقت ، لأن معنى حلها للأول ألا يكون دائما ، لأنها لا تحل للأول ما دامت زوجة للثاني ، بل بعد انتهاء تلك الزوجية ، ومن هنا يأتي التأقيت وإن لم يكن صريحا ، والعبرة في العقود بالمعاني لا بمجرد الألفاظ ، والعمل يجري في مصر على قول أبي

حنيفة لأنه الراجح في المذهب .

وأما قانون حقوق العائلة فتنص المادة – ١١٨ منه على أن «البينونة الكبرى تزول بالزواج الثاني بدون قصد التحليل» .

أثر الزواج الثاني في طلاق الزوج الأول .

عرفنا أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث تطليقات حرمت عليه ، فإذا تزوجت بغيره وطلقها أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للزوج للأول ، فإذا تزوجها عادت إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء لثبوته بالنصوص الصريحة .

أما إذا طلقها أقل من ثلاث « واحدة أو اثنتين » ثم تزوجها قبل أن تتزوج بآخر فإنها تعود بما بقي له من الطلقات واحدة كانت أو أكثر بلا خلاف، لأنها بطلاقها واحدة أو اثنتين لم تحرم عليه والزوج لا يملك على المرأة في الحل الواحد أكثر من ثلاث .

لكن الخلاف فيما إذا طلقها أقل من الثلاث ثم تزوجت بآخر ، فهل يهدم ذلك الزواج طلاق الزوج الأول بحيث لو تزوجها بعد ذلك تعود إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات أو لا يهدمها فتعود إليه بباقي تطليقات الزواج الأول ؟ **هذه المسألة هي المعروفة عند الفقهاء بمسألة الهدم** ، ولم يرد فيها نص ولكن نقل عن الصحابة رأيان أولهما : أنها تعود إليه بحل جديد ، وثانيهما : إنها تعود بالباقي .

ومن هنا اختلف فقهاء المذهب الحنفي على رأيين :

فأبو حنيفة وأبو يوسف يذهبان إلى أن الزوج الثاني يهدم الأقل من الثلاث فتعود المرأة إلى زوجها الأول بثلاث تطليقات . وهو أشهر الرأيين عند الجعفرية . لأن الزوج الثاني إذا هدم الثلاث بالاتفاق وأنشأ حلاجديدافأولى أن

يهدم الأقل ويكمل الحل الناقص ، ولانها لما تزوجت الثاني نحرمت على الأول ما دامت زوجة ، وإذا حرمت عليه زال حلها ، فإذا طلقها الثاني وانتهت عدتها زالت حرمتها وعادت إليه بحل جديد غير الأول الذي سقط بالزواج لأن الساقط لا يعود .

وذهب زفر ومحمد بن الحسن إلى أنه لا يهدم الأقل من الثلاث . فإذا عادت إليه عادت بالباقي واحدة أو اثنتين ، لأن الحل الأول لا يزول إلا بثلاث تطليقات ، فإذا طلقها أقل من ذلك لم تحرم عليه حيث يحل له العقد عليها ، فإذا تزوجت غيره وطلقها عادت إلى الأول بحلها السابق وهو ناقص . فيملك عليها ما بقي له من تطليقات .

ومع وجاهة هذا الرأي وقوة دليله رجح الفقهاء القول الأول وجعلوا الفتوى به وعليه يجري العمل في مصر .

المبحث الخامس

في طلاق المريض مرض الموت

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحاً كان أو مريضا ما دامت أهليته للتصرف موجودة ، فإنه لا حجر عليه في ذلك . هذا قدر متفق عليه بين جماهير الفقهاء في كل عصر .

فإذا طلقها طلاقا رجعيا ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجية حكما التي هي سبب للأرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض .

وإذا طلقها طلاقا بائنا ببينونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجية فلا ميراث لها مات في العدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت .

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فاراً من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصوده ، وليس في ذلك كتاب ولا سنة ، وإنما كان من مواضع اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم .

فقد نقلت عنهم أقوال في ذلك كانت سبباً في اختلاف الفقهاء من بعدهم . منها توريث عثمان امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته طلاقا مكملا للثلاث .

ولسنا هنا بصدد تفصيل أقوال الفقهاء في ذلك ، فسنكتفي ببيان مذهبي الحنفية والجعفرية المعمول بهما في مصر ولبنان ، وقبل ذلك نبين المراد بمرض الموت الذي كان مثار اختلاف الفقهاء فنقول :

أحسن ما قيل في تعريفه : إنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت سواء أكان بسببه أم كان بسبب آخر .

واختلف الفقهاء في أماراته . فمن قائل : هو الذي يعجز صاحبه عن العمل، ومن قائل : هو الذي يلزم صاحبه الفراش ، أو الذي لا يستطيع صاحبه المشي إلا بمعين إلى غير ذلك ، والمرجع في بيان ذلك الآن إلى رأي الأطباء بعد تقدم الطب ووضوح التمييز بين الأمراض وأيها يقبل الشفاء وأيها لا يقبلها .

وقد ألحق فقهاء الحنفية بالمريض مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً في حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالأعدام ولا أمل في براءتــه وحجز لتنفيذ الحكم عليه إذا طلق زوجته بائنا وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده قبل انتهاء عدة زوجته ، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف

الأول للقتال أو في موضع الخطر ، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب ، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى في هذه الحالة .

يقول الحنفية : إن المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقا بائنا ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته ، لأنه يعتبر فارا من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده كالقاتل لمورثه الذي حرمه الشارع من ميراثه ، أما إذا توفيت هي في العدة فلا ميراث له منها لأنه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق لكنهم اشترطوا لاعتباره فارا فرارا موجبا للأرث شروطا إذا تحققت ثبت لها الأرث ، وإذا تخلفت كلها أو بعضها لم يكن فارا فلا ميراث لها .

١ ـ أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول ، فلو كان قبله فلا عدة عليها ، وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة فإنه وإن وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب ، والميراث حق مالي لا يثبت احتياطا .

٢ ـ أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته ، فلو لم تكن أهلا للميراث وقت الطلاق . كأن كانت كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته فلا إرث حيث لا فرار ، أو كانت أهلا للميراث عند الطلاق ثم زالت تلك الأهلية . كأن كانت مسلمة عند الطلاق ثم ارتدت عن الأسلام فلا ميراث أيضا وإن رجعت إليه قبل وفاته ، لأنها بردتها أسقطت حقها في الميراث فلا يعود بأسلامها بعد ذلك ، لأن الساقط لا يعود .

٣ ـ ألا تكون الزوجة راضية بهذا الطلاق ، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو افتدت نفسها منه بالمال لا ترث ، لأن رضاءها بالفرقة ينفي مظنة فراره من ميراثها .

ولو أكرهت على طلب الطلاق فأبانها أو طلبت منه طلاقا رجعيا فأبانها

كان فاراً [1] ولها الميراث ومثل ذلك لو قالت له : طلقني فأبانها لأنها طلبت مطلق الطلاق الذي ينصرف إلى الرجعي فهي لم ترض بالبائن .

٤ ـ ألا يكون الزوج مكرها على هذا الطلاق ، لأنه مع الأكراه لا يتحقق رضاه به فلا يكون فارا .

٥ ـ أن يموت في مرضه الذي أوقع الطلاق فيه وهي في العدة ، فإذا انقضت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها لانعدام سببه ، وكما يتحقق الفرار من الميراث من الزوج يتحقق أيضا من المرأة . وحينئذ تعامل بنقيض مقصودها ويرثها الزوج إذا ماتت قبل انتهاء عدتها ، كما إذا فسخ الزواج بسبب من جهتها وهي مريضة مرض الموت أو في حكم المريضة ، بأن فعلت مع أحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة أو كان الزوج فوض إليها الطلاق فأبانت نفسها في مرض موتها . لكنها لا ترثه إذا مات في عدتها لأنها فوتت على نفسها حق الميراث بقطع وصلة النكاح .

والجعفرية يذهبون إلى أن زوجة الفار ترث منه إذا مات بعد الطلاق بمدة لا تزيد على سنة ما لم تتزوج غيره ولم يبرأ من مرضه الذي طلق فيه ، ولم يكن الطلاق بطلبها ، فلو برىء منه قبل مضي سنة من وقت الطلاق أو تزوجت غيره بعد انقضاء عدتها أو مات بعد مدة تزيد على سنة ولو بساعة لا ترثه . فإرثها عندهم مشروط بشروط أربعة :

١ ـ أن يموت قبل مضي سنة كاملة على طلاقها .

٢ ـ أن لا تتزوج قبل موته .

٣ ـ أن لا يبرأ من المرض الذي طلقها فيه .

---

(١) الجعفرية قالوا : لو سألته طلاقا رجعيا فأبانها لا يكون فارا فلا ترثه لأنها بطلبها الطلاق أسقطت حقها في الميراث ولا تضر مخالفة الزوج . الأحكام الجعفرية ص ٦٩ .

٤ ـ أن لا يكون الطلاق بطلب منها . ويجعلون ذلك الحكم خاصا بالمريض مرض الموت ، أما غيره ممن ألحقه الحنفية به فيعطون طلاقه حكم طلاق الصحيح حيث لا يعتبرونه فارا .

ما يجري عليه العمل في هذه المسألة في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يجري بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يقضي بعدم وقوع طلاق المكره، وأن كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول، والمقابل بعوض، والمكمل للثلاث، وما نص في القانون على كونه بائنا.

وعلى هذا يشترط لتوفر الفرار أن يكون الطلاق بائنا في نظر القانون مستتبعا للعدة بدون رضا الزوجة . كالطلاق المكمل للثلاث بدون طلبها ، والفسخ من قبله في مرض الموت ، فلا إرث في الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو كان ثلاثا لعدم العدة ولو بعد الخلوة، لأنه وإن وجبت فيه العدة لكنها وجبت احتياطا لأجل المحافظة على النسب .

ولا أثر لطلاق المكره على الميراث من الجانبين لقيام الزوجية بعده حقيقة . وفي لبنان يجري العمل في المحاكم الجعفرية على مذهبهم السابق بيانه .

أما المحاكم السنية فأن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة فيكون المرجع فيها مذهب الحنفية غير أنه يلاحظ أن هذا القانون نص في المادة ـ١٠٥ـ على أن « الطلاق الواقع بالأكراه غير معتبر » . فيرتفع بذلك اشتراط ألا يكون مكرها . فإذا أكره المريض على الطلاق البائن ثم مات فإن الزوجين يتوارثان لقيام الزوجية بينهما لأنه لا اعتبار لهذا الطلاق بينما يمنع المذهب الحنفي التوارث من الجانبين بهذا الطلاق في العدة وبعدها لانتهاء سبب الأرث وعدم الفرار من الزوج .

الفَصْل الرّابع

في الأنابة في الطلاق

قدمنا أن الطلاق حق أثبته الشارع للزوج بما له من القوامة على الزوجة ، وكل حق ثبت لشخص له أن يتولاه بنفسه وأن ينيب عنه غيره إذا كان يقبل الأنابة ، والطلاق مما يقبل الأنابة فكما جاز له أن يوقعه جاز أن ينيب عنه غيره في إيقاعه سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة أم شخصا آخر .

وهذه الأنابة نوعان :

توكيل : وهو أن يقيم الزوج غيره مقام نفسه في تطليق امرأته وهو لا يكون إلا لأجنبي سواء صدر بلفظ الوكالة أو غيرها كطلق امرأتي ، لأن المرأة لا تكون وكيلة في تطليق نفسها حيث إن الوكيل يعمل للغير ، أما المرأة التي تطلق نفسها فهي عاملة لنفسها ، فتوكيلها يكون تفويضاً لها أي تمليكها الطلاق .

وتفويض : وهو تمليك الغير الطلاق ، وهو يكون للزوجة بأي لفظ يفيده ولو كان بلفظ الوكالة ، ويكون للأجنبي إذا علق إنابته على مشيئة ذلك الغير كقوله له : طلق امرأتي إن شئت .

ومن هنا عرف فقهاء الحنفية تفويض الطلاق : بأنه تمليك الزوج زوجته حق تطليق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيده كما إذا علقه على مشيئته

والفرق بين التفويض والتوكيل يظهر في أمور :

١ ـ أن الزوج المفوض لا يملك الرجوع بعد التفويض ، لأن تفويض الطلاق في معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض إليه واختياره ، والمعلق من الطلاق كالمنجز لا يجوز الرجوع عنه ، فلو قال الزوج بعد التفويض : قد رجعت أو عزلتك لا يكون مانعا للمفوض إليه من إيقاع الطلاق ، أما الموكل فيملك الرجوع وعزل الوكيل بالقول قبل أن يوقع الطلاق ، وكذلك بالفعل بأن يخالط امرأته مخالطة جنسية ، فإذا قال أو فعل ذلك بطل التوكيل .

٢ ـ أن التفويض لا يبطل بجنون الزوج بخلاف التوكيل فإنه يبطل به حيث أن الوكيل يعمل لموكله ويتصرف فيما يملكه ، فإذا بطلت أهلية الموكل بطلت تصرفاته ، فلم يبق للوكيل سلطان يتصرف به .

٣ ـ أن التفويض يتقيد بالمجلس إذا كان مطلقا عن التقييد بوقت معين أو بعمومه في جميع الأوقات فإذا انتهى المجلس دون إيقاع الطلاق من المفوض إليه بطل التفويض . بخلاف التوكيل فإنه لا يتقيد بالمجلس ، فله أن يطلق في المجلس وبعده إلى أن يعزله الموكل إلا إذا قيده به .

٤ ـ إن التفويض يتم بعبارة المفوض ولا يحتاج إلى قبول من المفوض إليه ، أما التوكيل فلا بد لتمامه من القبول من الوكيل .

ومن هنا قالوا : إن المفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب اختياره لأنه يملك ما فوض فيه وله الخيار في الفعل وعدمه ، والوكيل يعمل بمشيئة الموكل وعلى حسب ما يراه موكله فهو مكلف أن يفعل ما وكل به وليس له

اختيار أن يفعل وأن لا يفعل بعد قبوله الوكالة ، وهو لا يكون ممتثلا إلا إذا فعل ما وكل به .

والملكية التي يفيدها التفويض ليست ملكية خالصة تنقل الحق من مالك إلى آخر ، لأنها لا تسلب الزوج حقه في التطليق ، بل لا تزال ملكيته قائمة بعد التفويض لأن ملك الطلاق حكم من أحكام الزواج وهو قائم فيبقى حقه في الطلاق قائما ، فله بعد أن يفوض الطلاق إلى غيره أن يطلق زوجته فهو ليس تمليكا محضا كسائر التمليكات الأخرى بل لا يزال فيه شبه بالتوكيل ، ولو قلنا إنه وسط بين التمليك والتوكيل أو أنه خليط منهما لما بعدنا عن الحقيقة .

هذا هو مذهب الحنفية في التفويض ، أما الجعفرية فالمشهور عندهم أن تفويض الطلاق للمرأة يكون توكيلا يجوز له الرجوع عنه ولا يتقيد بالمجلس ، فللمفوض إليه أن يطلق في مجلس التفويض وبعده في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة ما لم يقيد بوقت معين كمدة شهر أو سنة فإنه يبطل بمضي ذلك الوقت المحدد .

صيغة التفويض :

أكثر ما يكون التفويض للمرأة ، وهو تمليك لها سواء كان بلفظ الوكالة أو بغيره كما قلنا .

وصيغة التفويض إما أن تصدر مطلقة عن التقييد أو مقيدة بوقت معين . كطلقي نفسك في مدة شهر من الآن ، أو مقترنة بما يفيد التعميم . كطلقي نفسك متى شئت ، فإن كان مقيدا بوقت تقيد به ، فإذا مضى الوقت بطل التفويض فلا تملك تطليق نفسها بعد ذلك الوقت حتى ولو فوض إليها وكانت غائبة ولم تعلم بالتفويض إلا بعد انتهاء مدته ، وإن كان مقيدا بما يفيد الدوام ثبت على الدوام . فلها أن تطلق نفسها في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة

مالم ترده ، وإن كان مطلقاعن التقييد بشيء منها تقيد حقها بالمجلس إذا كانت حاضرة ، وبمجلس علمها به إذا كانت غائبة ، فإذا انتهى المجلس انتهت معه ملكية المفوض إليه حق الطلاق ، وكذلك بردها إياه وإعراضها عنه ، لأن التفويض تمليك ، والتمليك يقتضي جوابا في المجلس كما في عقد الزواج ، ولأن المأثور عن الصحابة أنهم جعلوا الخيار للمخيرة مدة مجلسها ينتهي بانتهائه .

وقت التفويض

التفويض قد يكون بعد تمام عقد الزواج . وهذا صحيح إذا وقع ترتبت عليه آثاره بلا خلاف ، وقد يكون قبل العقد أو مقارنا له .

فإذا كان قبل العقد . كأن يقول الرجل للمرأة : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ثم تزوجها ، كان لها حق تطليق نفسها متى شاءت عند الحنفية ، لأنهم يجوزون تعليق الطلاق على الزواج ، وهـذا التفويض تعليق للطلاق على الزواج ومشيئتها الطلاق حيث لا فرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت ، والجعفرية لم يصححوا هذا التفويض لأنهم لا يجوزون تعليق الطلاق .

وإذا كان مقارنا للعقد صح إذا صدر إيجاب عقد الزواج من المرأة مشروطا بتفويض الطلاق إليها وقبل الزوج ذلك . كأن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسي متى شئت فيجيبها بقوله قبلت ، فيصبح العقد ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت ، أما إذا بدأ الرجل بالأيجاب مشروطا بتفويض الطلاق إلى المرأة . كأن يقول لها : تزوجتك على أن تطلقي نفسك متى شئت ، وتقول له قبلت . فإنه يصح العقد ويبطل التفويض ، لأنه فوض إليها الطلاق قبل أن يتم العقد فيكون قد ملكها طلاقا لم يملكه بعد . بخلاف الصورة الأولى فإن قبول الرجل كان للزواج أولا ثم للشرط المتضمن للتفويض ثانيا . فكان

التفويض واقعا بعد تمام العقد وبتمام العقد يملك الطلاق فيقع تمليكه لها صحيحا .

والجعفرية لا يصححون هذا التفويض المقارن للعقد . بل قالوا إن اشتراطه في العقد مفسد له باتفاق علمائهم [1] .

ألفاظ التفويض :

عد الحنفية للتفويض إذا كان للزوجة ألفاظا ثلاثة : طلقي نفسك وأمرك بيدك واختاري ، وهذه الألفاظ منها الصريح وهو اللفظ الأول ، والكناية وهي الثاني والثالث . والصريح لا يحتاج إلى نية لا من الزوج ولا من الزوجة عند إيقاعها الطلاق ، وأما الكناية فلا يثبت بها التفويض إلا مع النية أو ما يقوم مقامها من القرائن أو دلالة الحال ، وكذلك لا يقع بها الطلاق من المفوض إليه إلا بالنية أو ما يقوم مقامها ، لأن الطلاق الذي يصدر من الزوجة بمقتضى التفويض يقع به ما يوقعه الزوج ، لأنه ملكها ما يملكه باللفظ الذي أصدر منه لها .

ولهذا قرروا أنه يقع بالصريح طلقة واحدة رجعية إلا إذا كان قبل الدخول و كان التفويض في مقابلة مال فإنه يقع بائنا وإن كان مكملا للثلاث وقعت به بيبونة كبرى .

ويقع بالكناية طلاقا بائنا لأنه لا يتم لها اختيارها لنفسها أو يكون أمرها بيدها إلا بالبينونة ، وإذا نوى به الثلاث وقع إذا كان بلفظ أمرك بيدك ، أما في اختاري فلا تصح نية الثلاث غير أنه يشترط في إيقاع الطلاق بلفظ اختاري أن يذكر الزوج أو المرأة أحد لفظين إما النفس أو الاختيارة بأن يقول لها

---

(١) جواهر الكلام شرح شرائع الأسلام ج ٥ ص ٣٢٨ .

الزوج : اختاري نفسك أو يقول لها : اختاري فتقول : اخترت اختيارة ، لأن ذكر اختيارة يقوم مقام ذكر النفس ، وكذلك لو قالت اخترت أبي أو أمي أو أهلي فانه يقوم مقام النفس فيقع به البائن ، أما إذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع به شيء .

ما يملكه المفوض إليه بالتفويض :

وليس لها أن تطلق نفسها بالتفويض إلا مرة واحدة إلا إذا صدر التفويض بصيغة تدل على التكرار . كأن يقول لها : طلقي نفسك كلما شئت ، أو قال لآخر طلق زوجتي كلما شئت [1] .

والجعفرية يذهبون إلى أنه لا يقع بالتفويض طلاق إلا إذا أوقعته الزوجة بلفظ « أنا طالق » بأي لفظ كان التفويض ، لأن الزوج عندهم لا يملك إيقاع الطلاق إلا بهذه الصيغة كما سبق ويقع به طلقة رجعية واحدة إلا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها أو كان التفويض في مقابلة مال أو كانت الزوجة صغيرة لم تبلغ أو كانت يائسة من المحيض فإن الطلاق يكون بائنا ، وإذا كان مكملا للثلاث يقع به بينونة كبرى .

---

(١) فإذا طلقت نفسها ثلاث تطليقات بناء على الصيغة المفيدة للتكرار ثم تزوجت بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول فلاتملك تطليق نفسها لأنها تعود إليه بملك جديد وحل جديد ولا يبقى معه أثر للتفويض الذي كان في الملك الأول ، أما إذا طلقت واحدة أو اثنتين فتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فالخلاف في مسألة الهدم يجرى هنا . فالشيخان « أبو حنيفة وأبو يوسف » يذهبان إلى أنها تملك ثلاثا لأن الزوج يملك عليها فيه ثلاثا لما هدم الزوج الثاني ما سبق ، ويذهب محمد بن الحسن إلى أنها لا تملك إلا بقية الثلاث، لأن الزوج لايملك عليها إلا ما بقي حيث إن الزوج الثاني لا يهدم الأقل من الثلاث .

ومذهب الشيخين هنا غير واضح لأن التفويض كان في الملك الأول وما دامت قد عادت إليه بملك جديد فلا أثر للتفويض فيه .

ما عليه العمل في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يسير على مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو ينص في مادته الخامسة على أن « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

وبمقتضى هذه المادة يكون ما يملكه الزوج هو الطلاق الرجعي فيما عدا الصور المستثناة . فبتفويضه يملك الزوجة طلاقا رجعيا كذلك. فيقع بالتفويض بأي لفظ صريحا كان أو كناية طلقة واحدة رجعية نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان قبل الدخول أو في نظير عوض أو كان مكملا للثلاث . كما أنه لا يقع بالكناية طلاق إلا مع النية ولا تكفي القرينة أو دلالة الحال .

وأما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى مذهبهم والمحاكم السنية تسير على مذهب الحنفية ، لأن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة وكل ما سكت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وقد عرفته .

الفصل الخامس

في الطلاق بعوض « الخلع »

وفيه مباحث

تمهيد : عرفنا أن الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت عند ما يوجد ما يقتضيه ، وأن الزوجة لا تملكه إلا بتمليك الزوج بالتفويض لها ، فلها حينئذ أن توقعه على ما يقتضيه التفويض ، وأن هذا التفويض يعطيها ذلك الحق مع بقاء حق الزوج في إيقاعه .

كما عرفنا السر في جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ابتداء . وهو أن الزوج هو الملزم بالأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق مع ما يمتاز به من قوة التحمل والأناة في أموره ، وبناء على ذلك يستطيع الزوج التخلص من زوجته إذا ما ساءت العشرة وأصبحت الحياة الزوجية جحيما لا يطاق .

ولكن الشارع الحكيم لم يهمل جانب المرأة بل شرع لها طريقا للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها واستقرارها ، فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضاً له عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر ، وهذا الافتداء هو المسمى بالخلع عند جمهور الفقهاء .

وكان ذلك من رحمة الله بها ، لأن الزوجة قد تبغض زوجها ولا تجـــد في المقام معه ما كانت تنشده ، وتشتد كراهتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته وهي لا تملك الطلاق فأخرجها الشارع من هذا الحرج ، وشرع لها الافتداء للتخلص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها [1] .

والقرآن الذي منع الأزواج من أن يأخذوا مما آتوا زوجاتهم شيئاً عنـــد الطلاق أباح الأخذ في هذه الحالة . جاء ذلك صريحاً في قوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا ممـــا آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة / ٢٢٩

فهذه الآية منعت الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله حيث رفع الجناح عنهما فيماتدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ .

ثم جاء في السنة تطبيقا لذلك فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس : « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الأسلام ، فقـال رسول الله : «أتردين عليه حديقته» ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله : « أقبل الحديقة وطلقها

---

(١) وفي هذا يقول ابن رشد المالكي في بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٦

والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل . فرك المرأة أي كرهها .

تطليقة »[1] قال العلماء : إن هذا أول خلع حدث في الأسلام، وقد اتفق العلماء على شرعيته ولم يخالف في ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي ، وليس له سند صحيح إلا ما ظنه أن آية النساء وهي قوله تعالى : « فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا » ناسخة لآية البقرة ، ولعل أحادث الخلع لم تبلغه ، فيكون الخلع مشروعا بالقرآن والسنة والأجماع .

لكن ينبغي ألا يكون الخلع إلا عند سبب يقتضيه لما رواه أصحاب السنن عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة »[2] .

وكما حذر المرأة من الافتداء من غير حاجة ، بغض الطلاق إلى الرجل بقوله : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ، وفوق ذلك يرشد القرآن الأزواج إلى مواضع جهلهم بالعاقبة في قوله سبحانه: « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا» النساء ــ ١٩ .

المبحث الأول

في التعريف بالخلع وتكييفه الفقهي

الخلع بفتح الخاء مصدر قياسي خلع يستعمل في الأمور الحسية كخلع ثوبه

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٩ . واسم هذه المرأة مختلف فيه فقيل اسمها جميلة ، وقيل زينب بنت عبدالله بن أبي بن سلول : وتريد بقولها : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين أنها لا تريد مفارقته لسوء خلقه ولا نقصان في دينه بدليل ما جاء في إحدى الروايات : « لا أطيقه بغضا . ولكني أكره الكفر في الأسلام ، أى كفران العشير والتقصير في حقه بسبب شدة البغض .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٨٧ .

خلعا أزاله عن بدنه ، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذا أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه .

والخلع بالضم مصدر سماعي [1] يستعمل في الأمرين أيضاً لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » ، هذا وقد قال الفقهاء : إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية ، والخلع بالضم في إزالة الزوجية ، وعرفه فقهاء الحنفية بأنه : **إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة .**

وهذا التعريف يفيد أن الخلع عندهم لا يتحقق إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ – أن يكون ملك المتعة قائما حتى يمكن إزالته . بقيام الزوجية حقيقة أو حكما ، فإذا لم تكن قائمة لا يتحقق كما لا يكون في النكاح الفاسد خلع لأنه لا يفيد ملك المتعة .

٢ – أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالأبراء والافتداء . كأن يقول لها : خالعتك على كذا أو بارأتك على كذا أي فارقتك على كذا ،أو افتدي نفسك بكذا ، وتقول المرأة : قبلت ، ولو قال لها : طلقتك على مائة مثلا لم يكن خلعا بل طلاقا على مال [2] ، والخلع والطلاق على مـــال يختلفان في بعض

---

(١) وقيل أنه اسم مصدر لكن ينبغي أن يكون اسم مصدر الخلع المشتق من خالع لا من خلع لأن اسم المصدر ما نقصت حروفه عن حروف فعله ولا يتحقق ذلك إلا في مصدر خالع .

(٢) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢٢ ، لفظ الخلع المقترن بالمال يكون خلعا ، وإن لم يقترن بالمال ، فإن نوى به الخلع انصرف البدل إلى المهر وكان خلعا ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقا بائنا ولا يتوقف على قبول المرأة لأنه خال من المعارضة ، وإن لم ينـــو به الطلاق لا يقع به شيء .

الأحكام فكان لا بد من التمييز بينها في الصيغة التي يقع بها كل منها[1] .

٣ - أن يكون في نظير عوض من جهة الزوجة سواء كان مالا أو غير مال كما سيأتي تفصيله فإن ذكر العوض فالأمر ظاهر ، وإن لم يذكر بأن قال لها : خالعتك أو بارأتك فقط يرجع إلى نيته فإن نوى به الخلع وقع وانصرف البدل إلى مهرها وتوقف على قبولها ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقا بائنا بدون توقف على قبول الزوجة ، وإن لم ينو به شيئا ولم توجد قرينة تدل على إرادة أحدهما لا يقع به شيء[2] .

٤ - رضا الزوجة به إذا صدر من الزوج ، ورضا الزوج إذا صدر من الزوجة ، لأنه ليس إسقاطا محضا كما في الطلاق المجرد بل فيه معنى المعارضة وبخاصة من جهة المرأة ، فلو صدر من الزوج ولم تقبل الزوجة لا يقع به شيء ، وكذلك لو قالت المرأة خالعني على مائة مثلا ولم يقبل الزوج .

حقيقة الخلع أو تكييفه الفقهي :

رأيت أن الخلع في حقيقته عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجيتها نظير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج أو توقعه الزوجة بتفويض من الزوج لها :

---

(١) خالف الشافعية في التفرقة بينها فذهبوا إلى أن الفرقة في نظير العوض تكون خلعا بأي لفظ كانت فالمدار عندهم في تحقق الخلع على وجود العوض فإذا لم يوجد العوض لا يكون خلعا ، ووافقهم الظاهرية في ذلك ، ووافقهم المالكية فيما إذا وقعت الفرقة بغير لفظ الخلع أو ما في معناه، أما إذا كانت بلفظ الخلع فلا يشترط وجود العوض فيقع الخلع عندهم بهذا اللفظ مطلقا ذكر العوض أو لم يذكر .

(٢) وعلى ما عليه العمل في مصر من أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما نص القانون على أنه بائن يقع به إذا نوى الطلاق طلقة رجعية، ولا عبرة بالقرائن على ما سار عليه القانون وهو مذهب الشافعي .

وقد عرفنا أن هذا الطلاق يعتبر يمينا سواء اوقعه الزوج أو الزوجة . فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم إلا بإرادتها مجتمعة يعتبر يمينا منهما كذلك أو يختلف وضع كل منهما عن الآخر ؟

يرى أبو يوسف ومحمد أنه يعتبر يمينا من الجانبين . أما أبو حنيفة فيرى – ورأيه الراجح في المذهب – أنه يعتبر يمينا من جانب الزوج لأن الزوج الذي يقول لزوجته خلعتك على مائة دينار يكون هذا القول منه تعليقا للطلاق على قبولها دفع المائة ، وكأنه قال لها : إن دفعت مائة دينار خلعتك ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج ، ويكون معاوضة من جهة المرأة ، لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج في نظير افتداء نفسها وخلاصها من قيود الزوجية ، وكأنها قالت رضيت أن اشتري عصمتي منك بهذا البدل غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من البدلين مالا أو شيئا يقوم بالمال ، وما يخلص للمرأة في نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة .

وقد انبنى على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام الآتية :

١ – إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج بأن قال لها : خالعتك على مائتي دينار فليس له أن يرجع عن هذا الأيجاب قبل قبول الزوجة ، لأن قوله في معنى تعليق الطلاق ، والطلاق المعلق كالمنجز لا يصح الرجوع عنه .

٢ – إنه لو قام من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه فلو قبلت في مجلسها بعد قيامه تم به الخلع لأنها مقيدة بمجلسها هي ، ولأن قيامه يعتبر رجوعا عن الأيجاب دلالة ، وإذا لم يملك الرجوع صراحة لا يملكه دلالة من باب أولى .

٣ – يجوز للزوج أن يعلق الخلع على أمر سيحدث في المستقبل أو يضيفه

إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها : إن تزوجت عليك فقد خالعتك على كذا ، أو خالعتك على كذا غدا فقبلت عند تحقق الشرط أو مجيء الغد تم الخلع ، أما إذا قبلت قبل تحقق الشرط أو مجيء الوقت المضاف إليه يكون قبولها لغوا، لأن التعليق بالشرط والأضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود الشرط والوقت .

٤ - لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع . كأن يقول لها : خالعتك على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام ، لأن الخلع يمين من جانبه والخيار لا يكون في الأيمان لأنه لا يملك الرجوع فيها ، أو أنه إسقاط من جانبه والأسقاطات لا تقبل الخيار .

وانبنى على اعتباره معاوضة من جانب الزوجة الأحكام الآتية :

١ - أن الزوجة لو ابتدأت بالأيجاب في الخلع جاز لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ، لأن الأيجاب في المعاوضات يصح فيه الرجوع قبل قبول الطرف الآخر .

٢ - إذا ابتدأت هي بالمخالعة تقيدت بالنظر إلى كل منهما ، فلو قام أحدهما من المجلس قبل تمام الخلع بطل ، فإذا قامت قبل قبول الزوج بطل إيجابها ، لأن المجلس قد انتهى بقيامها حيث تبطل المعاوضات بتفرق المتعاقدين، وكذلك يبطل إيجابها بقيامه قبل قبوله بهذا المعنى، وإذا ابتدأ بالأيجاب كان عليها القبول في المجلس إن كانت حاضرة ، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة[١]، فلو قامت منه ثم قبلت لا يتم الخلع لأن هذا شأن المعاوضات .

٣ - لا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا تقبل واحدا منهما .

---

(١) أما إذا كانت هي المبتدئة فأنه لا يقف على ما وراء المجلس بأن كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لا يصح . البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

٤ ـ يجوز لها أن تشترط لنفسها الخيار سواء كانت هي الموجبة . كأن قالت : اختلعت منك بكذا ولي الخيار ثلاثة أيام ، أو كانت قابلة : كأن قال لها : خالعتك على كذا . فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام . وفي كلتا الحالتين لها أن ترفض الخلع في تلك المدة أو تقبله فيها فإن رفضته بطل الخلع ولا يلزمها البدل ، وإن قبلته فيها أو مضت المدة بدون قبول أو رفض تم الخلع ولزمها البدل عند الأمام [1] . وكذلك لو شرط لها الخيار وقبلته . هذا ما يترتب على كون الخلع من جانبها معاوضة ، أو كونها تشبه التبرعات فيترتب عليها أنه لا بد أن تكون من أهل التبرعات بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها وسيأتي تفصيل ذلك .

تلك هي حقيقة الخلع عند الحنفية وهو ما يجري عليه العمل في مصر وفي المحاكم السنية في لبنان لعدم تعرض قانون حقوق العائلة للخلع إلا في كلمة عابرة في المادة ـ ١٣٠ .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري الذي يقرر أن الخلع إزالة قيد الزواج بفدية من الزوجة مع انفرادها بكراهتها لزوجها ، فإن كانت الكراهة من الجانبين فالفرقة بينهما تسمى بالمبارأة [2] .

فالخلع والمبارأة حقيقتان تشتركان في الأثر المترتب عليها في أنه

---

(١) وعند الصاحبين الخيار باطل والطلاق واقع في الحال ويلزمها المال إن قبلت لأن الخلع من جانبها يمين لا معاوضة واليمين لا يقبل الخيار ، لأن الخيار إنما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لأنه طلاق عندنا ، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن يحمل الخيار على منع انعقاد العقد في حق الحكم فلم يكن العقد منعقداً في حق الحكم للحال بل هو موقوف في علمنا إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم ، البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

(٢) ومثل المبارأة في ذلك المفاسخة والأبانة فقوله : بارأتك وفاسختك وأبنتك سواء في الحكم راجع شرائع الأسلام ج ٢ ص ٦٩ وما بعدها ، وفقه الأمام جعفر ج ٦ ، وأصل الشيعة وأصولها ص ١٦٩ ومن لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ .

يقع بها طلاق بائن ، وفي أنه لا يصح تعليقها على الشرط ولا الأضافة إلى زمن مستقبل ، لأن كلا منها طلاق وهو لا يكون إلا منجزا عندهم ، وفي أنه لا بد من ذكر البدل فيها فأن لم يذكر لا يقع بهما خلع . ولكنهما يختلفان في أن الخلع يترتب على كراهية الزوجة وحدها ، والمبارأة تترتب على كراهة كل من الزوجين للآخر ، وفي أنه يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاها في الخلع ، وفي المبارأة لا يجوز له ذلك ، وفي أن وقوع الفرقة في المبارأة موقوف على التلفظ بلفظ الطلاق معها بالاتفاق . بأن يقول لها : بارأتك على كذا فأنت طالق ، فإن لم يذكر لفظ الطلاق لا يقع بها شيء ، أما في وقوعها في الخلع فيختلف في كونه شرطا ففي رأي أنه لا يقع ما لم يذكر معه لفظ الطلاق ، وفي آخر لا يشترط وهو المشهور .

هل يجوز الرجوع عندهم ؟

إذا صدر الأيجاب منه لا يصح له الرجوع عنه في كل من الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها ولكنه يبطل بقيامها منه ، أو إعراضها عنه ، وإذا بطل لا يترتب عليه أثر إلا إذا ذكر لفظ الطلاق معه فإنه يقع به الطلاق دون أن يلزمها البدل لأنه أصبح طلاقا مجرداً بإعراضها عنه .

أما إذا صدر الأيجاب منها فلها الرجوع عنه قبل قبول الزوج لما فيه من معنى المعاوضة منها ، وإذا تم الخلع كان لازما بالنسبة للزوج ليس له أن يرجع عنه ابتداء ، وغير لازم بالنسبة لها فلها أن ترجع في البدل ما دامت في العدة [1] ، بشرط أن يعلم برجوعها قبل انقضاء عدتها، فإذا رجعت كان لزوجها

---

(١) فإن لم يكن لها عدة كغير المدخول بها ، أو كان لها عدة ولكن كان طلاقها مكملا الثلاث لا يجوز لها أن ترجع عما بذلته فقه الأمام جعفر ج ٦ ص ٢٦ ، ويظهر أن الشيخ مغنية قيد العدة بذلك لأنه يرجح القول بأن الطلاق بعد الرجوع ينقلب رجعيا وفي الطلاق المكمل للثلاث لا يتصور كون الطلاق رجعيا .

أن يرجع في تطليقها بشرط ألا يكون تزوج بأختها أو برابعة ، فإذا رجع عادت زوجيته لها كما كانت ، وإن لم يرجع بقي الطلاق . ولكن هل يبقى بائنا أو يصير رجعيا ؟ رأيان عندهم :

أولهما : يبقى بائنا لأنه حين وقع وقع بائنا فلا يتغير ببطلان العوض .

وثانيهما : أنه يتحول إلى طلاق رجعي لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا ما لم يوجد ما يجعله بائنا كالعوض مثلا . وهنا وقع بائنا لوجود العوض أولا ، فإذا بطل العوض عاد الطلاق إلى أصله وهو الرجعي .

المبحث الثاني

في الفرق بين الخلع والطلاق على مال

عرفنا مما سبق أن الخلع له ألفاظ خاصة يقع بها ليس لفظ الطلاق وحده منها على المذهبين الحنفي والجعفري ، وأن المفارقة على عوض لا تقتصر على الخلع بل قد تكون بلفظ الطلاق . فتنوعت تلك المفارقة إلى نوعين . خلع وطلاق على مال . وهما يتفقان في بعض الأحكام ويختلفان في بعضها الآخر . فيتفقان في أن الواقع بها طلاق بائن ، لأن المرأة إنما قبلت دفع البدل لتتخلص من سلطان الزوج عليها ، وهذا لا يتحقق إلا بالطلاق البائن باتفاق الحنفية والجعفرية .

وفي أن قبول المرأة للبدل لا بد منه فيهما ، لأن كلا منهما معاوضة في جانبها ، والمعاوضة لا بد فيها من القبول . وبدون قبولها لا يتم واحد منهما .

ويتفقان أيضا عند أبي يوسف ومحمد والجعفرية في أن كلا منهما لا يسقط حقا

من حقوق الزوجية إلا بالنص عليه ، وفرق أبو حنيفة بينهما حيث أسقط بالخلع كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع فيه الخلع . بخلاف الطلاق على مال فلا يسقط به أي حق منها إلا إذا نص عليه في الاتفاق لاختلاف مدلول كل من اللفظين في نظره . وهذا هو الفرق الأول بينهما .

وأما الفرق الثاني ففيما إذا بطل البدل فيهما . كأن كان مالاً غير متقوم في حق المسلم ولو كانت الزوجة كتابية ، فالحنفية يذهبون إلى بطلان البدل في الطلاق على مال يجعل الطلاق الواقع به رجعيا لأنه صريح والصريح يقع به الرجعي ، وبطلانه في الخلع لا يغير الطلاق بل يقع بائنا لأنه كناية والواقع بها بائن [1] .

والجعفرية يذهبون إلى أن بطلان البدل في الطلاق على مال يجعله طلاقاً رجعياً . وإذا بطل البدل في الخلع فسد الخلع فلا يقع به شيء ، وقيل يقع به طلاق رجعي كما يقول الحلي في شرائع الأسلام .

ويظهر أن عدم وقوع شيء به إذا لم يذكر معه لفظ الطلاق على أحد الرأيين ، وإن وقوع الطلاق الرجعي به فيما إذا ذكر معه لفظ الطلاق على الرأي الآخر لأنهم متفقون على أن الخلع إذا لم يذكر معه البدل لا يقع به شيء .

---

(١) وإنما ترتب على بطلان البدل فيهما هذا الأثر المختلف ، لأن الزوجة لما عينت البدل شيئا لا يصح أن يكون عوضا وقبله الزوج لم تكن غاشة له ولا مغرورة به فيقع الطلاق على كل حال ويلغو البدل ويعتبر كأن لم يكن وحينئذ يعمل كل من لفظي الخلع والطلاق المجردين عمله ويثبت له حكمه فهذا صريح وذاك كناية .

ويلاحظ أن المعمول به في مصر الآن أنه يقع في الحالتين طلاق رجعي . والمعمول به في المحاكم السنية بلبنان هو المذهب الحنفي الذي يفرق بينهما ولم يوجد تشريع يخالفه .

المبحث الثالث

في شروط الخلع

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لأيقاع الطلاق . بأن يكون بالغا عاقلا . فكل من لا يصح طلاقه لا يصح منه الخلع ، لأن من جاز تطليقه بلا عوض جاز تطليقه بعوض بطريق الأولى، فلا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمعتوه . ومن اختل عقله بسبب المرض أو كبر السن ، ويشترط في المختلعة أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي الملتزمة ببدل الخلع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة [1] غير محجور عليها ، لأن الخلع بالنسبة يها معاوضة فيها شبه بالتبرعات ، وأن تكون راضية غير مكرهة عليه عالمة بمعنى الخلع فإن كانت غير عربية ولقنها زوجها بالعربية كلمات : اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة فقالت هذه الكلمات وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج طلقت طلاقا بائنا ولا شيء له من البدل .

وزاد الجعفرية على ذلك أن تكون طاهرا طهراً لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولاً بها غير يائسة وكان حاضرا معها وأن تتحقق الكراهة منها .

خلع من لم تتوافر فيها الشروط لعدم الأهلية أو نقصانها أو الحجر عليها للسفه أو الأكراه ، لكل واحدة من هؤلاء أحكام خاصة ، وإليك بيانها :

---

(١) يلاحظ أن الرشد هنا يرتبط بسن الزوجة في نظر القانون المعمول به ، فإذا كان يعتبره إحدى وعشرين سنة كما في مصر يكون خلع الزوجة قبل بلوغها تلك السن خلع غير الرشيدة فلا يلزم المال ويكون الطلاق رجعيا ، وكذلك إذا بلغت هذه السن وكان محجورا عليها للسفه ، وفي لبنان يجعل سن الرشد ثماني عشرة سنة فخلع المرأة قبلها يكون خلع غير الرشيدة لا يلزم فيه المال .

خلع عديمة الأهلية كالصغيرة غير المميزة والمجنونة .

إذا تولت الخلع بنفسها فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر ، لأنه علق خلعها على قبولها . وهو غير معتبر فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق ، أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعها أو طلاقها في نظير مال التزم به فيقع الطلاق بائناً في الحالتين ، لأن الزوج علقه على قبول الأب وقبوله معتبر هنا، ويلزمه المال للزوج ، ولا يسقط بهذا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند أبي حنيفة .

أما إذا قبل الأب الخلع أو الطلاق على مال ولكنه لم يلتزم دفع البدل من مال نفسه بل أضافه في قبوله إلى مال ابنته وقع الطلاق في الخلع بائنا وفي الطلاق على مال رجعيا ، لأنه علق على قبوله وقبوله معتبر على أصح الروايتين عند الحنفية [١] ولا يلزم المال لا الأب لأنه لم يلتزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافة إلى مال لا يملك التبرع منه

ويرى الجعفرية أن خلع عديمة الأهلية فاسد لا يقع فيه شيء لأن القبول ركن ولم يوجد إلا إذا أتبعه بلفظ الطلاق فأنه يقع به طلاق رجعي في المدخول بها وبائن في غير المدخول بها والمكمل للثلاث إذا تحققت شروط وقوع الطلاق .

كما يصححون خلع الولي إذا التزم بالمال، وإن لم يلتزم به فلا يقع به شيء .

خلع ناقصة الأهلية كالصغيرة المميزة :

إذا تولت الخلع بنفسها وهي تفهم معنى الخلع وآثاره وقبلت ذلك وقع

---

(١) وفي الرواية الأخرى لا يقع الطلاق لأن الزوج طلق في نظير استحقاقه البدل فكان معلقا على هذا الاستحقاق وهو لم يستحق شيئا فتح القدير ج ٣ ص ٢١٨ . وأجيب عن ذلك بأنه حين يعلم أنها ليست أهلاً للتبرع فيكون التعليق على مجرد قبولها . وإن كان يجهل ذلك فلا عذر بالجهل بالأحكام .

عليها طلاق بائن ، لأنه عاقه على قبولها وما دامت مميزة فقبولها معتبر في حق وقوع الطلاق وإنما وقع بائنا لأنه كناية والكنايات يقع بها البائن .

ولذلك قالوا : إذا طلقها على مال وقبلت وقع به رجعيا إن كانت مدخولا بهـــا ولم يكن مكملا للثلاث لكونه صريحا ، ولا يلزمها البدل في الحالين لأنها ليست من أهل التبرع . ومثلها في ذلك السفيهة المحجور عليها يصح خلعها ويقع عليها الطلاق ولا يلزمها المال . وإذا تولى الخلع أبو الصغيرة المميزة [1] أو القيم على المحجور عليها فحكمه على التفصيل السابق في عديمة الأهلية .

ويذهب الجعفرية إلى أن خلع ناقصة الأهلية غير صحيح ، لأن البدل شرط في صحة الخلـــع ولم يصح منها ، لأنها ليست أهلا للتبرع فلا يقع به شي إلا إذا أتبع الخلع بلفظ الطلاق فإنه يقع به الطلاق إذا تحققت شروطه ، وكذلك السفيهة إلا إذا أذن لها به القيم فإنه يصح إذا كان ذلك في مصلحتها وتحققت الكراهة منها .

وإذا خالع عنها الولي صح ويلزمه البدل إذا التزمه ويكون في مالهـــا إذا ثبتت كراهتها للزوج وكان لها مصلحة في الخلع .

خلع المكرهة

إذا أكرهت الزوجة على الخلع لا يلزمها المال ، لأن الالتزام بالمال مـــع الأكراه غير صحيح بالاتفاق ، أما الطلاق فيقع عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد وجد منها القبول ويقع به طلاق بائن عند الحنفية .

---

(١) ومما يجب التنبيه عليه هنا أنه لا يجوز للولي أن يتولى الخلع عن الزوج الصغير . فـــلو فعل لا يقع به طلاق ولا يلزم المال ، لأن الخلع من جانب الزوج يمين كما قدمنا والأيمان لا تجري فيها النيابة ولأنه لا يملك أن يطلق عنه .

أما الجعفرية فيذهبون إلى أن خلع المكرهة باطل لأن من شروط الخلع أن تكون كارهة لزوجها ، ولا يتصور إكراهها على الخلع مع كراهتها لزوجها .

خلع الأجنبي

إذا باشر الخلع أجنبي ليس وكيلا عن الزوجة ولا ولاية له عليها فإن أضاف البدل إلى نفسه بحيث يفهم منه التزامه به . كأن يقول للزوج : أخلع زوجتك على مائة دينار من مالي مع الخلع ووقع به الطلاق وكان البدل على ذلك الملتزم، وإن لم يضفه إلى نفسه فان أضافه إلى غيره بأن قال : أخلعها على كذا يلتزم به فلان فإنه يتوقف على إجازة من أضافه إليه . فإن أجازه صح الخلع ووقع الطلاق ولزمه المال ولا دخل للزوجة في هاتين الحالتين فلا يشترط رضاها ، لأنه يشترط عند ما تكون هي الملتزمة بالبدل، والطلاق من الحقـوق التي يستقل بها الزوج ، وإن لم يضف البدل إلى أحد توقف الخلع على قبول الزوجة لأنها الأصل في الخلع ، فإن قبلت صح ولزمها البدل ، وإذا لم تقبل لم يلزمها المال ، أما الطلاق ففيه رأيان في المذهب الحنفي . وذهب الجعفرية إلى أن خلع الأجنبي غير صحيح ، لأن الآية أضافت الافتداء إلى الزوجة وهو حكم كالمستثنى من الأصل ودليله قاصر عليه فيبقى ما عداه على الأصل فيكون خلع الأجنبي من غير دليل شرعي فلا يصح .

خلع المريضة مرض الموت

إذا خالع الزوج زوجته وهي مريضة مرض الموت كان خلعه صحيحا يقع به الطلاق البائن ويثبت به البدل ، وكذلك لو طلقها على مال وقبلت . غير أن هذا البدل لما كان شبيها بالتبرع وهو في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا للموت فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة ، لأنهـا لا تملك التبرع بأكثر من الثلث ، فإن ماتت الزوجة في مرضها أثناء عدتها ، فالحنفية يوجبون للزوج الأقل من أمور ثلاثة :

بدل الخلع . وثلث التركة . ونصيبه من الميراث ، لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل ، وإنما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطا ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث [1] لو بقيت زوجيته إلى وقت وفاتها ، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحابيه بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقي الورثة . أو يحصل على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه له بطريق الوصية لو كان غير وارث بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقي الورثة . فلو وجب كل البدل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثا ومن ثلث التركة بطريق الوصية لو لم يكن وارثا . فمعاملة لهما بنقيض مقصودهما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة ، وإن ماتت في مرضها بعد انقضاء عدتها يجب له الأقل من بدل الخلع ومن ثلث تركتها لأن احتمال الأرث منتف في هذه الحالة لانقطاع كل آثار الزوجية التي هي سبب الميراث ، ولم يبق إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية وهو الثلث ، وإن ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج الخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة .

هذا هو مذهب الحنفية وعليه يجري العمل في المحاكم السنية في لبنان حيث إن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

• قد كان العمل بالمحاكم المصرية يجري عليه إلى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي أجاز الوصية أو ما في حكمها للوارث كالأجنبي في حدود ثلث التركة بدون توقف على إجـــازة باقي الورثة أصبح للزوج المخالع لزوجته في مرض موتها يستحق الأقل من بدل الخلع ومن ثلث التركة

---

(١) ونصيبه في الميراث لا يخرج عن نصف التركة أو ربعها حسب وجود الولد للزوجة وعدمه .

ولو زاد على نصيبه في الميراث سواء توفيت الزوجة أثناء عدتها أو بعد انقضائها، لأنه لا اعتبار لما يستحقه من الميراث حينئذ لما جازت له الوصية إن كان وارثا بثلث التركة .

أما المذهب الجعفري الذي تسير عليه المحاكم الجعفرية فيصحح خلع المريضة مرض الموت وكان للزوج البدل وينفذ من أصل التركة إذا كان لا يزيد على مهر مثلها ، فإن زاد لا تنفذ الزيادة إلا إذا خرجت من ثلث التركة[1] بناء على أنهم يجيزون الوصية للوارث كالأجنبي بلا فرق بينهما ، وإن برئت الزوجة من مرضها الذي وقع الخلع فيه لزمها جميع البدل لأنه ظهر أنه خلع الصحيحة

المبحث الرابع

في بدل الخلع وشروطه

تحت هذا العنوان نتكلم عن أمور ثلاثة :

أولها : ما يصح أن يكون بدلا للخلع وما يشترط فيه .

ثانيها : هل يشترط أن يكون مذكوراً في المخالعة ؟ .

ثالثها : حكم أخذ الزوج لذلك البدل في الأحوال المختلفة .

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلا في الخلع ولا تقدير فيه

(١) فقه الأمام جعفر للشيخ محمد جواد مغنية ج٦ ص ٢٤ . ويعقب على ذلك بقوله : قال صاحب المسالك « هذا هو المشهور بين الفقهاء والمعمول به بينهم » وقال صاحب الشرائع « وهو أشبه بأصول المذهب وقواعده » .

باتفاق الحنفية والجعفرية ، فيصح أن يكون من النقدين أو العقار أو المنقول ، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج ، أو منفعة تقوم بالمال ، كما يصح أن يكون الخلع على إرضاع ولدها منه مدة معينة ، أو على حضانته المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها ، أو على أن تقوم بالإنفاق عليه مـــدة معينة وعليها الوفاء بذلك ، فإن امتنعت عن القيام بما التزمته أو عجزت عن الوفاء به ، أو خرجت عن أهلية الحضانة ، أو مات الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة أو الحضانة المتفق عليها كان لمن خالعها الرجوع عليها بما يقابل المدة الباقية ، لكنها تدفعه إليه أقساطاً ، كما كان يستحق عليها لو وفت به المدة كلها .

كما أن له الرجوع على ورثتها لو ماتت قبل الوفاء بما التزمته إلا إذا شرطت عليه ألا يرجع عليها بشيء إذا مات الولد أثناء مدة الرضاعة أو الحضانة ، وإذا كانت الزوجة التي خالعت على نفقة ولدها معسرة لا تستطيع الأنفاق جاز لها أن تطالب الزوج بالأنفاق من ماله ، ويجبر على إجابة طلبها ، وكان ذلك ديناً عليها إذا أيسرت ، لأن النفقة حق الولد ، وهي في الأصل واجبة على الأب ، ولكنها انتقلت إلى الأم لما جعلتها بدلاً في خلعها ، فإذا عجزت قام الأب مقامها إحياء للولد من الهلاك وليس في ذلك ضرر به لأنه سيرجع عليها بالنفقة عنـد ميسرتها .

الشروط

يشترط في بدل الخلع إذا كان مالاً : أن يكون متقوماً ، فإذا كان غير متقوم لم يلزم الزوجة شيء ويقع الطلاق البائن عند الحنفية .

وعند الجعفرية يفسد الخلع ولا يقع به شيء . وقيل يقع به طلاق رجعي إن أعقبه بلفظ الطلاق ، وكذلك يشترط فيه : ألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة ، فإن كان بطل الخلع عند الجعفرية ، لأن الخلع معاوضة وجهالة البدل يفسدها .

وصح عند الحنفية وانصرف البدل إلى مهرها[1] إذا لم يمكن تقديره ، فإن أمكن وجب المذكور في العقد ، وهذا نظير ما لم يذكر بدلا واللفظ ينبيء عن إيجاب البدل وسيأتي بيانه ،ووجهه أن الخلع طلاق. وفي الطلاق معنى الأسقاط، لأنه يؤدي إلى إسقاط حق الزواج في المتعة والأسقاطات يدخلها المسامحة ، كما يشترط في بدل الخلع ألا يكون فيه عدوان على حق الشارع أو على حق الغير ، فإن كان فيه ذلك وجب البدل في حدود ما لا يتضمن العدوان .

فلو خالعها على ألا نفقة لها ولا سكنى صح البدل في النفقة دون السكنى ، لأنها حق الشارع عند الحنفية ، والجعفرية لما لم يوجبوا لها السكنى فذكرها عندهم وعدم ذكرها سواء ، ولو خالعها على أن تبقى حضانتها للصغير إلى وقت بلوغه لم يصح البدل إلا إلى آخر مدة الحضانة المقررة شرعاً وبطل في الباقي ، لأن الصغير بعد فترة الحضانة محتاج إلى التربية والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال وبقاؤه في حضانة أمه إلى وقت البلوغ عدوان ضار به يجب رفعه شرعاً .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية أن الخلع إذا وقع على حضانة الصغيرة إلى البلوغ صح البدل في المدة كلها ، وعللوا ذلك بأن بقاءها في حضانة أمها بعد سن الحضانة

---

(١) فإذا خالعته على مال غير معين عند الحنفية كان ذلك على ثلاثة أوجه :

١ – ألا تذكر مالا أصلا ولكن تذكر عبارة تحتمل المال وعدمه ، كما إذا قالت : خالعني على ما في يدي أو ما في بيتي ، فإنه يحتمل أن يكون فيه شيء وأن لا يكون . وحكمه أن الخلع يصح فإن وجد شيء أخذه وإلا فلا شيء له .

٢ – أن تذكر مالا ليس موجوداً في الحال ولكنه يوجد بعد ، كما إذا قالت له : خالعني على ما تنتجه نخيلي من ثمر هذا العام ، وحكمه أنه يصح الخلع وينصرف البدل إلى المهر سواء وجد الثمر أم لم يوجد .

٣ – أو تذكر مالا مجهولا ولكنه موجود في الحال ، كما إذا قالت له : خالعني على المتاع الموجود في الدار ، أو الثمر الموجود على النخل أو ما في بطن هذه الناقة مثلا ، وحكمه أنه يصح الخلع وإن وجد شيء مما سمت كان للزوج وإن لم يوجد انصرف البدل إلى المهر .

المقررة شرعاً لا يضر بها لأنها محتاجة إلى أن تعرف آداب النساء وتتعلم شئونهن وتتخلق بأخلاقهن ، والنساء أقدر على ذلك من الرجال [1] .

هل يشترط أن يكون بدل الخلع مذكورا ؟

لا خلاف في المذهب الحنفي في أنه لا يشترط فيه أن يكون مذكوراً . حتى إن الكاساني في بدائعه [2] يقرر في صراحة أن الخلع نوعان . خلع بعوض وخلع بغير عوض ، لكنه عند الأطلاق ينصرف إلى الخلع بعوض فهو حقيقة عرفية شرعية ، فلو قال لأجنبي : اخلع امرأتي فخلعها بدون عوض لم يصح ، والمسألة فيها التفصيل الآتي :

صيغة المخالعة لا تخلو . إما أن يذكر فيها البدل أولا ، وعند عدم ذكره ، إما أن تكون الصيغة منبئة عن وجوبه أولا ، فإذا ذكر البدل فلا كلام في وجوبه . كأن يقول لها : خالعتك على كذا وقبلت ذلك ، ولا يحتاج إيقاع الطلاق فيه إلى نية ، وإذا لم يذكر البدل ولكن الصيغة تنبىء عن وجوب مال على الزوجة في نظيره كما لو قال لها : خالعيني ، أو اختلعي مني أو افتدي نفسك مني وما شاكل ذلك ، وفي هذه الحالة يجب البدل وينصرف إلى مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط حقها فيه ، وإن كانت قبضته كله أو بعضه وجب عليها رد ما أخذته ويقع به الطلاق البائن إذا قبلته المرأة ، لأنها لا تقبل دفع العوض إلا لتبين من زوجها ، فإن لم تقبله لا يقع به شيء لأنه معاوضة لا بد فيها من القبول.

أما إذا لم يذكر البدل ولم تكن الصيغة منبئة عن وجوبه ، كما إذا قال لها:

---

(١) ونحن نقول لهم في هذا الفرق : لو كان صحيحاً في نظر الشارع لجعل سن الحضانة في الصغيرة من أول الأمر إلى سن البلوغ وحيث لم يفعل فلا يجوز لنا أن نفرق بينهما ، ولأن البنت بعد سن الحضانة محتاجة إلى صيانتها والمحافظة عليها . والأب أقدر على ذلك من الأم فتتعارض المصلحتان فترجح أقواهما ولا أظن إلا أن الثانية أرجح مما قالوه .

(٢) جـ ٣ ص ١٤٤ .

حلعتك بصيغة الماضي فيقع به الطلاق البائن بمجرد النطق إذا نوى بـه الطلاق لأنه كناية ولا يتوقف على قبولها ولا يلزمها بدل ، وإذا لم ينوبه شيئا لا يقع به طلاق .

هذا إذا صدرت تلك الصيغة من الزوج ، أما إذا صدرت من المرأة أولاً : فلا بد لوقوع الطلاع بها من قبول الزوج . فإذا قبـل لزم البدل وانصرف إلى مهرها ، فإذا لم يقبل لا يقع بها شيء لأن المرأة لا تملك الطلاق .

أخذ الزوج البدل ومتى يحل والمقدار الذي يحل أخذه ؟

عرفنا أن الخلع مشروع عندما يقع النزاع بين الزوجين المؤدي الى الشقاق بينهما الذي يخافا معه ألا يقيما حدود الله كما هو صريح القرآن .

لكن هذا الشقاق قد يكون المتسبب فيه الزوج وحده ، وقد يكون سببه من قبل الزوجة ، وقد يكون منهما معاً ، وحل أخذ البدل يختلف باختلاف هذه الأحوال ، فإن كان من قبل الزوج فـلا يحل له أخذ شيء من الزوجة في نظير فراقها لقوله تعالى: « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتاناً وإثما مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ، النساء ٢٠ ، ٢١ .

فهذا النص الكريم ينهى الزوج عن أخذ شيء ممـا أعطاه للزوجة عند إرادة الاستبدال ، وهذا طبعاً لا يكون إلا عندما تكون الكراهة منه وحده، وأكد النهى بما جاء في آخره « أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً »،وقوله تعالى : «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، فإنه نهى الأزواج عن عضل الزوجات بإلحاق الأذى بهن ليكون وسيلة إلى أخـذ بعض المهر ، لكنه استثنى حالة الأتيان بفاحشة مبينة - التي فسرت بالزنا أو بالنشوز - فأباح فيها الأخذ ، وهذا يقتضي أن الأخذ عندعدم السبب منها حرام .

وهنا يقرر جمهور الفقهاء ، أن هذا هو حكم الديانة بينه وبين الله المعبر عنه بالحل والحرمة ، أما في القضاء فيجوز له الأخذ بناء على حكم القاضي به [1] . لأن الزوج أسقط حقه في نظير عوض رضيت به الزوجة وهو من أهل الأسقاط وهي من أهل المعاوضة ، أما إذا كان السبب من قبلها وحدها أو اشتركا فيه فيحل له أخذ البدل ، لقوله تعالى: «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة — ٢٣٠ .

فهذه الآية نفت الجناح عن الزوج في أخذ الفداء ، وعن الزوجة في الأعطاء في حالة خوفهما ألا يقيما حدود الله ، وهذا الخوف يكون عندما تكون الكراهة من المرأة وحدها ، أو منهما معاً .

وإذا حل له البدل في هذه الحالة . فهل يتقيد بمقدار المهر أو تجوز الزيادة ؟ في المذهب الحنفي روايتان :

أولاهما : أن أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه لأطلاق الآية السابقة «فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فإنها رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان المعطى مساوياً للمهر أو زائداً عليه ، ولأن الخلع معاوضة ، والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين ، وحينما أعطت الزيادة أعطتها من مالها بطيب من نفسها . وقد قال تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » .

---

(١) جواز الأخذ قضاء في هذه الحالة إذا لم يعضلها بأن أساء عشرتها ليحملها على الافتداء فان فعل ذلك لم يجز له الأخذ لصريح النهي عنه ، «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن» وإن صح الخلع عند الحنفية ، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية حيث قرروا : أن الخلع باطل في هذه الحال للآية السابقة، فلايجوز له أخذ البدل ويقع بالخلع طلاق رجعي عند من يعتبر الخلع طلاقاً لا فسخاً .

وثانيتهما : أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة ، فإن قوله تعالى : « ولا جناح عليهما فيما افتدت به » رفع الجناح عنهما فيما افتدت به من المهر، لأن آخر الآية مردود إلى أولها، وأول الآية ينهى الأزواج عن أن يأخذوا من الزوجات شيئاً مما آتوهن من المهور ، واستثنى منه الأخذ في حالة خوفهما ترك إقامة حدود الله . فكان المراد من قوله فيما افتدت به أي مما آتاها ، ويؤيد ذلك ما جاء في حديث قصة امرأة ثابت بن قيس بن شماس أن رسول الله قال لها: «أتردين عليه حديقته » فقالت : نعم وزيادة ، قال : « أما الزيادة فلا » ، نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها ، وقد عرضت الزيادة بطيب من نفسها .

هذا هو مذهب الحنفية ، أما الجعفرية فقالوا : إذ كانت الحياة ملتئمة بين الزوجين ، أو كانت الكراهة من قبل الزوج وحده ، فبذلت له المال ليخلعها ، لا يصح الخلع ولا يحل البدل للزوج ، وعند وقوع النزاع بينهما واضطراب الحال يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة ، لكن إذا كانت الكراهة من جانبها جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاها من المهر ، وإن كانت منهما معاً لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، وفي المبارأة لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها مطلقاً ، لأنها في الغالب لا تكون إلا إذا كانت الكراهة منهما معاً .

وقانون حقوق العائلة صرح « بأن المخالعة تجرى إذا كان سبب الشقاق من الزوجة ويكون الخلع على تمام المهر أو على قسم منه » م ١٣٠ .

المبحث الخامس

في أحكام الخلع

يترتب على الخلع آثار بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه :

فاتفقوا على ما يلي :

١ – أنه يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية .

٢ – أنه لا يتوقف على قضاء القاضي ككل طلاق يقع من الزوج .

٣ – أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة . كأن تشترط أن تكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير ذي رحم محرم منه ، أو أن تسقط حضانتها له . فالشرط يبطل وحده ويصح الخلع .

٤ – يجب به ما اتفقا عليه من البدل قليلاً كان أو كثيراً ، ولا يسقط به شيء من الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر مما لا يرتبط بعقد الزواج كثمن مبيع أو وديعة وغيرها .

واختلفوا في الحقوق التي ترتبط بالزواج ولم تذكر في الخلع ضمن الاتفاق.

فأبو حنيفة يسقط به كل حق ثابت بالفعل[1] لكل من الزوجين على الآخر. كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة سواء أكان الخلع بهذا اللفظ أو كان بلفظ المبارأة. لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين ، وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج، فليس للزوجة أن تطالب بمهرها الذي لم تقبضه، ولا بالنفقة المتجمدة لها ، وليس للزوج أن يطالبها بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعاً عليه .

وذهب محمد والجعفرية إلى أنه لا يسقط به أي حق ولا يجب به إلا ما

(١) أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكنى فلا تسقط بالخلع بالاتفاق ، ومثل ذلك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاع ، وليلاحظ أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع ، فلو كان لأحدهما حق متعلق بزواج سابق فلا يسقط ، فلو طلقها بائناً وكان عليه بقية المهر ثم تزوجها من جديد وخالعها فانه لا يسقط بهذا الخلع ما كان من المهر بالزواج الأول .

اتفقا عليه بأي لفظ وقع ، لأن الخلع شبيه بالمعاوضة فلا يجب به إلا ما شرط .

ولأن كلا من لفظي الخلع والمبارأة ليس صريحاً في الدلالة على سقوط تلك الحقوق فلها بعد الخلع أن تطالب بالمهر إن لم تكن قبضته ، وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك .

وأبو يوسف يفرق بين ما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع ، وبين ما إذا وقع بلفظ المبارأة ، ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقا عليه ، وفي الثاني يسقط بـه كل الحقوق المتعلقة بالزوجية مع ما اتفقا عليه ، فهو في الأول مع محمد وفي الثاني مع أبي حنيفة .

ووجه التفرقة : أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه . وهي لم تقيد بشيء دون غيره فتحمل على الأبراء من كل ما يتعلق بالزواج ، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى فيقتصر فيه على ما اتفقا عليه .

ومما يجب ملاحظته هنا أن العمل يجري بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهو هنا مذهب الإمام،وهو أن الخلع يسقط كل حق لأحد الزوجين على الآخر، ولا يستثنى من ذلك إلا النفقة المتجمدة للزوجة ، فإنهـــا لا تسقط بالخلع ، لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر دين النفقة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الأنفاق لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء في مادتـــه الأولى ، ونصها « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الأنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » .

الباب الثاني

في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

وفيه فصول

تمهيد : قدمنا أن الطلاق حق للزوج لمعان شرحناها في غير موضع ، وأنه يملك إيقاعه بنفسه أو ينيب عنه غيره بتوكيل أو تفويض،وأن الشارع الحكيم راعى جانب الزوجة ، فشرع لها الافتداء بالمال إذا كرهت زوجها ، وملأ البغض قلبها ، ووجدت أن حياتها معه لا تحتمل لتحصل الموازنة بين الجانبين .

ولما كان هذا القدر لا يرفع الحرج كله عن المرأة ، فقد لا يرضى الزوج بقبول الفدية ، وقد تكون المرأة عاجزة عن دفع البدل الذي يطلبه الرجل ، كما أن تضرر المرأة من الحياة الزوجية لا يقتصر على مجرد كراهتها لزوجها ، فقد تطرأ أمور أخرى تدعوها إلى طلب الطلاق .

لذلك فتحت الشريعة لها باب الخلاص وإن لم يرض به الزوج ، فجعلت لها حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها ، وأوجبت على القاضي الاستجابة لها متى وجد السبب المقتضي لما طلبت وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف .

وقد اتفق الفقهاء على بعض أسباب طلب الطلاق واختلفوا في بعضها الآخر، وسنعرض لتلك الحالات التي يقوم فيها القاضي بالتفريق بين الزوجين بالتطليق أو فسخ الزواج حسبما يجري عليه العمل في مصر ولبنان مع بيان مصدر ذلك من أقوال الفقهاء .

ففي مصر يقوم القاضي بالتفريق في حالات خمس ، نص القانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٠ على اثنتين منها ، وهما التفريق لعدم الأنفاق ، والتفريق للعيب ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على باقيها ، وهي التفريق للضرر وسوء العشرة ، والتفريق لغيبة الزوج بدون عذر ، والتفريق لحبسه .

وقانون حقوق العائلة نص على الحالات الأربع الأولى في المواد من ١١٩ إلى ١٣١ ولم يعرض للأخيرة، وهي التفريق لحبس الزوج (١) .

---

(١) وقانون الطائفة الدرزية نص على التفريق في تلك الحالات الخمس وزاد عليها حالة سادسة وهي ما إذا حكم على الزوج بجريمة الزنا .

الفصل الأول

في التفريق لعدم الأنفاق

إذا لم تحصل الزوجة على نفقتها الواجبة بسبب من قبل الزوج كعسره أو امتناعه عن الأنفاق ، فإن كان له مال ظاهر أو عند شخص آخر ، وأثبتت الزوجة ذلك بأي وسيلة لم يكن لها طلب التفريق بهذا السبب لأمكان حصولها على حقها . كما قدمنا .

أما إذا لم تتمكن من الحصول عليها لعسره أو لغيبته التي لا يعلم معها مكان ماله ، أو لامتناعه عن الأنفاق مع قدرته ، فهل يكون لها حق طلب التفريق في هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق لها . فالحنفية يذهبون إلى عدم ثبوته ، بل لها أن تطلب من القاضي الأذن لها بالاستدانة عليه إن كان معسراً أو غائباً ، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعاً عن الأنفاق وتهديده بالحبس أو بالتعزير إن لم يفعل .

والأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وأحمد » ، جعلوا لها حق طلب التفريق ، وعلى القاضي إجابتها لطلبها متى ثبتت صحة دعواها . على اختلاف بينهم في التفصيلات .

والجعفرية في مشهور مذهبهم ليس لها هذا الحق موافقين الحنفية في ذلك ، ولهم آراء أخرى تتفق في جملتها مع رأى الأئمة الثلاثة .

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

١ - إنه لم يرد دليل صريح من كتاب الله أو سنة رسوله أو أقوال أصحابه يدل على جواز التفريق لعدم الأنفاق . لذلك لم يؤثر عن رسول الله أنه فرق بين زوج وزوجته بهذا السبب مع كثرة المعسرين من أصحابه ، ولو كان ذلك مبيحا للتفريق لقضى به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق .

٢ - إن الله أمر الأزواج بأن ينفق كل واحد منهم مـــا استطاع في قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » الطلاق - ٧ ، فمن أعسر بنفقة زوجته غير مكلف بدفع النفقة في الحال لأنه غير مكلف بدفع ماليس عنده .

٣ - إن عدم الأنفاق إن كان للعسر لا يكون الزوج ظالما فيه وعلى صاحب الدين وهو الزوجة إنظاره إلى حين اليسار لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » البقرة - ٢٨٠ ، وإن كان مع القدرة كان ظالما ويجب رفع ظلمه ولا يتعين التفريق طريقا لذلك لامكان دفعه ببيع ماله إن عرف مكانه أو بحبسه لحمله على الأنفاق أو إظهار ماله الذي أخفاه مع ما في الدفع بهذا الطريق من المراعاة للجانبين معا بخلاف الطريق الأول فإنه يقف في جانب الزوجة .

واستدل الأئمة الثلاثة ومن وافقهم بجملة أدلة :

أولا : بآيات من كتاب الله منها قوله تعالى : « فأمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ، البقرة - ٢٢٩ ، وقوله : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا» البقرة - ٢٣١ ، وقوله : « وعاشروهن بالمعروف » النساء - ١٩ قالوا : إن إمساك الزوجة مع عدم الأنفاق فيه ضرر كبير يتنافى مع أمر الله به مـــن

الأمساك بالمعروف ، بل هو إمساك لأجل الضرار فيما إذا كان موسرا وممتنعا عن الأنفاق مع أنه منهى عنه ، فيجب عليه التسريح بالأحسان بأن يطلقها ، فإذا لم يفعل ناب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعا للضرر عن المرأة

ثانيا : بقوله: ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » الذي يفيد بعمومه منع الشخص من أن يلحق الضرر بغيره أو يتضار الشخصان فيضر كل منهما صاحبه .

ثالثا : إنه إذا وقع الاتفاق على جواز التفريق بالعيب الذي لا يفوت معه إلا المتعة فيجوز التفريق بعدم الأنفاق الذي تقوم به الحياة من باب أولى .

وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر وليس هنا مجال إيرادها ، ولكن الذي يبدو من أدلة المجوزين للتفريق أنها لا تفيد أكثر من أن الأمساك ضرار منهى عنه لأنه ظلم يلحق بالزوجة الضرر ، وهذا لا يتحقق إلا في صورة الامتناع عن الأنفاق مع يساره ، ومن يفعل ذلك يكشف عما في نفسه من أنه لا يريد معاشرة زوجته ويقصد بامتناعه عن الأنفاق مضايقتها لتفتدي نفسها منه بالمال أو يكون صاحب نفس شريرة ، ومثل هذا يكون من الخير التفريق بينه وبين زوجته فإن لم يقم هو بذلك ناب عنه القاضي .

أما المعسر الذي طرأ عليه الأعسار فليس ظالما حتى يتدخل القاضي لرفع ظلمه بالتطليق عليه ، ومعلوم أن العسر واليسر بيد الله سبحانه « يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر » ، وقد ذهب ابن القيم إلى رأي وسط وهو أنه لا حق للمرأة في التفريق بسبب إعسار الزوج إلا إذا أغرها عند الزواج وتراءى لها باليسار كذبا. أو كان ذا مال فترك الأنفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله بوسيلة من الوسائل الممكنة ، أما إذا تزوجته عالمة بإعساره أو تزوجته موسراً فأعسر فلا حق لها في طلب الفرقة ، لأنه يتنافى مع فضائل الوفاء والتراحم والتعاون على الحياة ثم قال : وقد جعل الله الفقر والغنى مطيتين للعباد فيفتقر الرجل الوقت ويستغني الوقت ، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم

البلاء وتفاقم الشر وفسخت انكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد النساء فمن الذي لم تصبه عسرة ولم تعوزه النفقة أحيانا » [1] .

أما المذهب الجعفري فالمشهور فيه أنه لا يفرق بين الزوجين لعدم الأنفاق سواء كان لعسر الزوج أو لامتناعه عنه مع يساره أو لغيبة لا يستطيع معها تحويل النفقة إلى زوجته . غير أنه نقل فيه أقوال أخرى تتفق في أن عدم الأنفاق من أسباب التفريق بين الزوجين إذا تضررت الزوجة منه وطلبت التفريق ولكنها تختلف في التعميم والتخصيص .

ففي قول للحاكم أن يطلق لعدم الأنفاق إذا كان سبب الأعسار والعجز وهو لابن الجنيد وصاحب الرياض ، وفي قول آخر للحاكم أن يطلق إذا امتنع الزوج عن الأنفاق مع قدرته عليه ولا يطلق إذا كان معسراً وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر وصاحب الحدائق . وفي قول ثالث : إنه يطلق عليه مطلقا لا فرق بين العاجز والممتنع يستوي في ذلك الحاضر والغائب وهو ما ذهب إليه السيد الحكيم في منهاج الصالحين، لكن عبارته ليست قاطعة حيث يقول : لا يبعد أن يجوز لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فيأمر زوجها بالطلاق فإن امتنع طلقها الحاكم الشرعي ، ومثل ذلك في ملحقات العروة الوثقى . . لا يبعد جواز طلاقها للحاكم الشرعي مع مطالبتها وعدم صبرها لقاعدة نفي الضرر خصوصاً إذا كانت شابة .

وقد كان السند لهذه الأقوال ما روى عن الأمام جعفر الصادق أنه قال : « إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلا فرق بينهما »، وفي عبارة أخرى « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم عليها كان

(1) زاد المعاد ج ٤ ص ٣٢٣ .

حقا على الأمام أن يفرق بينهما »[1]

ما عليه العمل الآن في مصر ولبنان

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على المذهب الجعفري ، والمحاكم السنية تسير على ما يقضي به قانون حقوق العائلة ، وهو التفريق إذا تعذر الحصول على النفقة وطلبت الزوجة التفريق ، فالمادة ١٢٦ تنص على أنه « إذا اختفى زوج امرأة وذهب لمحل مدة سفر أو أقرب وتغيب أو فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد إجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما » .

وظاهر عبارة هذه المادة وإن كان في الزوج الغائب إلا أن حكمها لا يقتصرعليهبل يشمل الحاضر أيضاً الذي لا يستطاع أخذ النفقة منه بدليل عبارة « وتعذر تحصيل النفقة » .

فمدار التفريق على تعذر تحصيل النفقة ولا أثر لكونه غائباً ، لأن المادة التي بعدهابينت حكم التفريق بالغيبة وإن ترك الزوج مالا من جنس النفقة .

ثم إن هذا القانون نص على أن التفريق الذي يوقعه الحاكم يكون طلاقا بائنا كما جاء بالمادة – ١٣١ – « الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن » .

أما في مصر فقد كان العمل يجري بمقتضى المذهب الحنفي إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأوجب العمل بما يخالفه . وهو في جملته مأخوذ من مذهب مالك .

---

(١) نقل هذه الأقوال الشيخ محمد جواد مغنية في كتاب فقه الأمام جعفر الصادق ج ٦ ص ٥٣ وما بعدها ، ويختار القول بالتعميم ويقول : إنه الذي عليه العمل والفتوى من علمائهم في هذا العصر والذي قبله .

ويقضي هذا القانون في مواده ٤ ، ٥ ، ٦ وما تبع ذلك من منشورات وزارية موضحة له بما يأتي :

١ - إذا كان للزوج مال ظاهر « يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعهودة » نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله سواء أكان حاضراً أم غائباً ، ولا موضع في هـــذه الحالة لطلب التفريق لعدم الأنفاق ، ويقوم مقام مال الزوج مال الكفيل بالنفقة إذا كان ماله ظاهراً يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، كما جرى عليه عمل القضاة عند تطبيقهم لهذا القانون ، لأن الزوجة ستحصل على حقها ويندفع عنها الضرر فلا يكون لها حق طلب التطليق .

٢ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضراً وصدر عليه حكم بالنفقـة ولم ينفق فللزوجة حق طلب التطليق ، فإذا طلبته عرض الأمر على الزوج فإن ادعى الأعسار وأثبته بطريق من طرق الأثبات أو صادقته الزوجة على دعواه أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق فيها طلق عليه القاضي بقوله : « طلقتك منه » .

وإن ادعى الأعسار ولم يثبته أو ادعى اليسار وأصر على عدم الأنفاق أو سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار وأصرت على طلب التفريق طلق عليه في الحال دون إمهال ، لأن امتناعه عن الأنفاق في هذه الأحوال دليل على أنه يقصد الأعنات والأضرار بالزوجة فلا فائدة في إمهاله حيث لم يثبت إعساره بخلاف الصورة الأولى التي أثبت فيها إعساره لأنه معذور فيمهل ربما تبدل حاله.

٣ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً . فإن كانت غيبته قريبة بأن كان في مكان يسهل حصول قرار المحكمة إليه في مدة حددت بما لا يتجاوز تسعة أيام [1] . أعذر إليه القاضي بالطرق المقررة في لائحة التنفيذ وضرب له

---

(١) هذا التحديد مرجعه مذهب الأمام مالك وهو المصدر لهذا التشريع حيث إنه جعل=

- أجلا تقدر مدته بحسب ما يراه القاضي ويعلنه به ويقول له : احضر للأنفاق أو أرسل النفقة لزوجتك ويبين له أنه سيطلق عليه امرأته إذا لم تصلها النفقة في الأجل المضروب ، فإن لم يحضر للأنفاق عليها ولم يرسل إليها النفقة وتحققت المحكمة من وصول الأعذار إليه طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل وإثبات الزوجة وقائع الدعوى « الزوجية . وغيبة زوجها . وعدم إنفاقه » .

والمسجون المعسر بالنفقة يعامل تلك المعاملة بأن ترسل له المحكمة إعذاراً بإرسال النفقة فإن لم يفعل طلق عليه ، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يسهل وصول قرار المحكمة إليه ، أو كان مجهول المكان أو كان مفقوداً لا تعلم حياته من وفاته طلق عليه القاضي بدون إعذار ولا إمهال متى ثبتت الزوجية والغيبة وأنه لا مال له تنفق منه ، ويعتبر هذا التطليق طلقة رجعية إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكملا للثلاث . فللزوج أن يراجع زوجته في أثناء عدتها إذا أثبت يساره واستعد للأنفاق ، وإن كان القضاة لا يكتفون بمجرد إظهار الاستعداد بالقول بل لا بد من دفع النفقة الواجبة عليه ، فإذا لم يثبت اليسار أو لم يدفع ما وجب عليه لا تصح رجعته .

لكن يلاحظ أن هذا القانون لم يتعرض لبيان الأعسار الذي يترتب عليه التطليق بيانا كافيا غير ما يؤخذ من الأطلاق في المادتين ٤ ، ٥ في الأنفاق والنفقة الذي يتبادر منه أن المراد به الأعسار عن النفقة الواجبة للزوجة . مع أن مذهب مالك الذي اعتمد عليه القانون يفسره بأنه الأعسار عن النفقة الضرورية الحاضرة والمستقبلة لا النفقة الماضية ، فلو كان قادراً على الأنفاق بقدر الضرورة عاجزاً عن إتمام الواجب عليه لا يطلق القاضي عليه كما سبق

— حد الغيبة البعيدة بمن كانت على مسيرة عشرة أيام أو كان مجهول المكان . فاعتبر القانون من تصل إليه الرسائل في مدة لا تتجاوز تسعة أيام قريب الغيبة ومن كانت تصله في أكثر منها بعيد الغيبة . ولم يلاحظ تطور المواصلات وسرعة وصول الرسائل وعدمها .

بيانه عند الكلام عن النفقة . وكان الواجب أن يفسر الأعسار المراد أو يحيل على المذهب الذي أخذ منه الحكم .

وترتب على عدم التفسير أو الأحالة أن جرى عمل القضاة على أن الأعسار يتحقق بالعجز عن دفع النفقة المحكوم بها عليه لأنهم لا يبيحون له مراجعة امرأته في العدة إلا إذا أثبت يساره ودفع المطلوب منـــه حالا واستعد للأنفاق في المستقبل ، ويطبق على النفقة الماضية حكم دين النفقة وهو أنها لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء .

كما أن القانون لم يعرض لمسألة ما إذا تطوع شخص بالأنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج . ومذهب مالك في ذلك أنه يسقط حقهـــا في طلب الطلاق إذا تطوع بها شخص آخر سواء كان قريباً للزوج أو أجنبياً عنه لاندفاع حاجتها بذلك [1] .

كما لم يعرض القانون لحكم ما إذا تزوجته معسراً عالمة بإعساره مع أن مذهب مالك لا يرى لها حقا في طلب التفريق في هذه الحالة ، لأنها رضيت بالمقام معه على هذه الحال لأسقاطها حقها على ما هو المشهور في المذهب .

كل هذه المسائل كان يجب على المشرع تجليتها أو يحيل فيها على مذهب مالك الذي استند إليه حيث لا تفيد فيهـا الأحالة على المذهب الحنفي الذي يعتبر المرجع العام لكل ما سكت عنه القانون لعدم وجود أحكام لهذه المسائل فيه لأنه لا يرى التطليق لعدم الأنفاق وهذه المسائل متفرعة عليه .

---

(١) والشافعية يفرقون في التطوع فإن كان أصلا لزوجها وهو في عياله سقط حقها بذلك لأن إنفاقه عليها كانفاق الزوج فلا منة عليها ، أما إذا كان التطوع غير ذلك فلا تجبر على قبول النفقة منه ولا يسقط حقها كذلك لأنها تأبى المنة عند قيام غير زوجها أو أهله بالأنفاق عليها .

الفصل الثاني

في التفريق للعيب :

المراد بالعيب هنا نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها . وقد اختلف الفقهاء في التفريق بالعيب اختلافاً كثيراً متشعباً فاختلفوا أولاً في أنه موجب للتفريق .

فذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه . سواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده ، لأنه ليس فيه دليل من كتاب أو سنة ، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة . وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها – هكذا قالوا – وقد اختار هذا الرأي الشوكاني في نيل الأوطار ورجحه .

وإلى عكس ذلك ذهب شريح القاضي وابن شهاب الزهري وأبو ثور فقالوا: إن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل معه المقصود بالزواج من التناسل أو توافر المودة والرحمة بينهما أو يحدث النفرة بينهما يوجب الخيار للطرف الآخر، لأن العقد تم على أساس السلامة من العيوب، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار .

وقد اختار هذا الرأي إبن القيم فقال في الجزء الرابع من زاد المعاد : « إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساويا لها لا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والأطلاق في العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا ، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها .

فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي يعتبر العقم عندها كمال بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود الزواج من الرحمة والمودة يوجب الخيار .

وتوسط جمهور الفقهاء بين الرأيين فقرروا أن ليس كل عيب يصلح سببا لطلب التفريق بل العيوب التي تخل بالمقصود الأصلي من الزواج، أو يترتب عليها ضرر لا يحتمله الطرف الآخر . وبعد اتفاقهم على هذا اختلفوا في أمور :

الأول : من يثبت له هذا الخيار . أهو كل من الزوجين أم الزوجة وحدها ؟

فذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه ، ولا داعي لرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة أما الزوجة فلا تملك الطلاق فيتعين إعطاؤها حق طلب التفريق لتدفع به الضرر عن نفسها .

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد بزوجته عيباً يمنع الاتصال الجنسي كالرتق والقرن

والعفل والأفضاء [1] أو وجدها مجنونة أو بها جذام أو برص ، لأنه يتضرر بذلك ولا يستطيع معاشرتها مع وجود تلك العيوب كما يثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزوجها عيباً .

الثاني : في عدد العيوب الموجبة للتفريق :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التي تمنع التناسل وهي ثلاثة: أن يكون الرجل عنينا أو مجبوباً أو خصيا [2] . لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد أما غير هذه العيوب فهي لا تمنع تحقق هذا المقصود ويكفي تحققه في الجملة .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجذام والبرص . والأئمة الثلاثة وافقوه عليها وزادوا غيرها ، فعدها المالكية ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة ، وبعضها مشترك بينهما ، وزاد الحنابلة عيوباً أخرى .

والجعفرية عدوها في الرجل أربعة : الجب والعنة والخصاء والجنون ، وفي المرأة سبعة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأفضاء والعمى والعرج والرتق إذا منع من المخالطة الجنسية ولم يمكن إزالته ، أو أمكن وامتنعت عن علاجه . على تفصيل عندهم فيما كان موجوداً منها قبل العقد أو حدث بعده وقبل الدخول أو بعده .

---

(١) الرتق : انسداد موضع الاتصال الجنسي سواء كان الانسداد بعظم أو بغدة لحم ، والقرن : شيء يبرز في هذا الموضع كقرن الشاة يمنع من الاستعمال ، والعفل : لحم يبرز من موضع الاتصال يشبه الأدرة للرجل ، والأفضاء : اختلاط المسلكين بالمرأة .

(٢) العنين : من له آلة صغيرة أو كبيرة لا يستطاع المخالطة بها ، والمجبوب : مقطوع الذكر والخصيتين ، والخصي : مقطوع الأنثيين فقط ، وقيد الشافعية كونه عيبا بما إذا كان لا ينتصب .

الثالث : في نوع التفريق الواقع بالعيب . هل هو فسخ أو طلاق ؟

فالحنفية والمالكية طلاق بائن ؛ لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، وإنما جعل بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن .

والشافعية والحنابلة والجعفرية فسخ ، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة .

أما إذا كان العيب في الزوج فظاهر ، وأما إذا كان فيها والزوج هو الذي طلب التفريق فقد كانت هي السبب في طلبه ، والفرقة إذا جاءت من قبل الزوجة تعتبر فسخاً لا طلاقاً **ويظهر أثر هذا الخلاف** في نقصان عدد الطلاق به إذا جعل طلاقا ، وعدم نقصانه به إن كان فسخاً ، وفي وجوب نصف المهر لها إذا كان قبل الدخول وعدم وجوبه

الرابع : هل هذا الحق يثبت لصاحبه على الفور بمجرد العلم به فيسقط بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها رفع الأمر إلى القاضي وإليه ذهب المالكية والشافعية والجعفرية . أو هو ثابت على التراخي فلا يسقط بمجرد السكوت بل لا بد من الرضى به صراحة أو دلالة كما يقول الحنفية والحنابلة . حتى لو رفعت الدعوى ثم تركتها مدة لا يسقط حقها ويكون لها رفعها من جديد إلا إذا خيرها القاضي بعد ثبوت حقها في التفريق وسكتت فإنه يسقط حقها لأن عليها الاختيار في مجلس التخيير .

الخامس : هل يشترط فيمن يطلب التفريق بالعيب أن يكون خالياً من العيوب أو لا يشترط ذلك ؟

من الفقهاء من جعله شرطاً كالحنفية ، ومنهم من لم يجعله شرطاً كالمالكية والشافعية .

ما يجري عليه العمل :

وقد كان العمل جارياً بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهـــو رأي الشيخين ، وخلاصته أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من العيوب الثلاثة كان لها أن تطلب التفريق وتجاب لطلبها بالشروط الآتية :

١ – أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول ، أما إذا حدث بعده فلا يثبت لها الخيار ، لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفاها حقها قضاء ، فليس لها أن تطالبه بعدها .

٢ – أن تكون بالغة . فإن كانت صغيرة ينتظر بلوغها لجواز أن ترضى به بعد البلوغ .

٣ – ألا تكون عالمة بالعيب وقت النكاح وألا ترضى به بعد علمها إذا لم تكن عالمة به فإن كانت عالمة أو رضيت به صراحة أو دلالة لم يثبت لهـا الخيار .

٤ – ألا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من المخالطة الجنسية كالرتق والعفل والقرن ، لأنه لا معنى لطلبها الفرقة في هذه الحالة . حيث إنهـا غير صالحة للمخالطة وليس لها حق فيها ، فلا يكون الزوج ظالماً بأمساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق .

فإذا توفرت هذه الشروط وطلبت الزوجـــة التفريق وثبت العيب الذي تدعيه بأي طريق مـــن طرق الأثبات ، فإن كان الزوج مجبوباً أمره القاضي بتطليقها ولا يمهله لعدم الفائدة في إمهاله فإن أبى أن يطلق طلقهـــا القاضي نيابة عنه ، لأنه نصب لرفع الضرر .

وإن كان عنيناً أو خصياً أجله القاضي [1] سنة لاحتمال أن يكون عدم وصوله إليها لعلة طارئة يرجى زوالها ، وإنما كان التأجيل إلى سنة لأنه المروى عن فقهاء الصحابة عمر وعلي وعبدالله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ، ولأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة ، ومن الناس من يعتدل مزاجه وتنشط دواعي رغبته في النساء في فصل دون آخر ، فإذا مرت السنة [2] بفصولها الأربعة تبين أن ما به ليس أمراً طارئاً بل هو عيب مستحكم فيه .

ما يتبع في طلب التفريق والتأجيل :

إذا طلبت الزوجة التفريق بسبب العنة أو الخصاء فادعت أنه لم يصل إليها لهذا العيب فان اعترف الزوج بما تدعيه وصدقها في دعواها أجله القاضي سنة سواء كانت المرأة عند الزواج بكراً أو ثيباً ، فإن انتهت السنة وأصرت الزوجة على طلبها لأنه لم يصل إليها وصدقها الزوج في عدم الوصول أمره أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه ، وإن أنكر دعواها فإن كانت الزوجة حين العقد عليها ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاقها الفرقة وهي تدعيها والظاهر يشهد له ، لأن الأصل في الأنسان السلامة من العيوب ، فإن حلف رفضت دعواها ، وإن نكل عن اليمين اعتبر مصدقاً لها في دعواها أجله سنة كما إذا اعترف من أول الأمر .

---

(١) والفقهاء تكاد تتفق كلمتهم على التأجيل في العيب الذي يرجى برؤه ولكنهم اختلفوا فيما يوجب التأجيل من العيوب تبعاً لاختلافهم في إمكان البرء وعدمه ، فالحنفية والحنابلة : التأجيل في العنة والخصاء لا غير ، والشافعية : التأجيل في العنة دون غيرها ، والمالكية : التأجيل في كل من الجنون والجذام والبرص سنة ، وفي الرتق والقرن إذا كان يرجى البرء منها ، أجله المدة التي يراها يتحقق فيها البرء ، أما الجب والعنة والخصاء فلا تأجيل فيها عندهم لعدم رجاء البرء في نظرهم . وهذا — كما ترى — مخالف للآثار المروية عن فقهاء الصحابة في التأجيل في العنين ومن في حكمه .

(٢) وهذه السنة . قيل أنها قمرية لأنها المعهودة في تأجيلات الصحابة ، وقيل شمسية لأنها تشتمل على الفصول الأربعة ، والخطب في ذلك سهل لأن الفرق بينهما أيام .

وإن كانت بكراً حين العقد عين القاضي امرأتين [1] من الموثوق بهن للكشف عليها . فإن ثبت أنها ثيب فالقول قوله مع يمينه حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة لما قلنا إن الظاهر يشهد له فيحلف أنه أزال بكارتها بالمخالطة .

وان تبين أنها لا تزال بكراً أجله سنة ، فإن مضت السنة وعادت تدعي عدم الوصول يعاد الكشف عليها فإن وجدت بكراً أمره بالطلاق فإن طلقها انتهت المسألة ، وإن امتنع عن الطلاق طلقها القاضي عليه .

وإن وجدت ثيباً فالقول قوله مع اليمين فإن حلف رفضت دعواها ، وإن نكل عن اليمين كان مصدقاً لها وخيرها القاضي بين البقاء معه أو التفريق . فإن اختارت التفريق في المجلس طلب منه أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه [2] .

ولو قامت بدون اختيار اعتبرت متنازلة عن دعواها حتى ولو أقامها أعوان القاضي من المجلس لأنه يمكنها الاختيار بكلمة بسيطة

وإنما وجب التأجيل بهذين العيبين دون غيرهما ، لأن عدم وصول الزوج إلى زوجته مع أحدهما يحتمل أن يكون لعيب مستحكم من أصل الخلقة فيكون سبباً للتفريق ، ويحتمل أن يكون لأمر عارض يزول بمرور الزمن فلا يكون سببا موجباً للتفريق ، ولا يستطيع الأطباء القطع بأحدهما فيؤجل سنة للوقوف على حقيقته ، لأن الأمر العارض قد يزول في فصل من فصول السنة ، وإذا

(١) وهذا احتياط وإلا فامرأة عدلة كافية .

(٢) ووقوع الطلاق بإيقاع القاضي هو ظاهر الرواية في المذهب الحنفي لأنه المنصوص في كتاب الأصل لمحمد كما يقول الكمال في فتح القدير ج ٣ ٢٦٥ . وهناك رأى آخر إنه يقع باختيارها دون حاجة إلى تطليق القاضي .

حكم القاضي بالتفريق بينهما بعيب من العيوب كان طلاقاً بائناً ووجب عليها العدة احتياطا ويجب لها كل المهر في العنة والخصاء باتفاق أئمة المذهب لأنه تفريق بعد خلوة صحيحة، أما إذا فرق بينهما بسبب الجب فيجب لها كمال المهر أيضاً عند الأمام ويجب لها نصف المهر عند الصاحبين ، لأن الخلوة جعلت كالدخول في العنة والخصاء لاحتماله معها ، أما المجبوب فلا يتصور منه دخول فلا تكون خلوته موجبة تمام المهر .

والطلاق الواقع هنا طلاق بائن لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة ، ولأنه لا يرتفع الضرر عنها إلا به كما قدمنا .

هذا ما كان معمولا به في مصر وتلك طريقته فما كان يفرق بعيب إلا بهذه العيوب الثلاثة .

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أضاف إلى تلك العيوب عيوباً جسمية أخرى يفرق بها فأجاز لها طلب التفريق بكل عيب من العيوب المنفرة أو الضارة وقد مثل لها بالجنون والجذام والبرص واشترط فيها أولا : أن تكون من العيوب المستحكمة التي لا يرجى شفاؤها أو يمكن شفاؤها ولكن بعد زمن طويل أو لا يمكن المقام معه إلا بضرر يلحق الزوجة . وأحال الفصل في ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء .

وثانيا : ألا تكون المرأة عالمة به عند العقد أو رضيت به بعد علمها ، فإن رضيت به صراحة أو دلالة كأن طالبته بالنفقة مثلا بعد حدوث العيب أو علمها به لم يكن لها طلب التفريق . جاء ذلك في المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ ونصها :

م ٩ ـ « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد

ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجت عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق ».

م ١٠ – « الفرقة بالعيب طلاق بائن » .

م ١١ – «يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها».

فهذه المواد فتحت أمام المرأة باب العيوب التي تطلب التفريق بها ، وهذا حسن وجميل لأن الحياة الزوجية قوامها الاستقرار وهو لا يوجد مع عيب من تلك العيوب التي وصفها ، ولكنه لم يعرض لعيوب التناسل التي كان التفريق قاصرا عليها بدليل أنه سكت عن حكم التأجيل المقرر فيها ، فالظاهر أنه أبقى الحكم فيها كما كان . على معنى أنها لا تؤثر إلا إذا كانت موجودة قبل العقد أو حدثت بعده قبل الدخول .

وهذا مما يؤخذ عليه أولا : إذ كيف يجعل للمرأة الخيار إذا طرأ مرض من الأمراض الجسيمة التي يرجى علاجها بعد زمن طويل ويمنعها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب من عيوب التناسل الذي يجعل المرأة معرضة للفتنة والفساد معتمداً على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة في الاتصال الجنسي قضاء يقتصر على مرة واحدة مدى الحياة ؟

وهذا أمر غير معقول ولا دليل عليه ، لأن الله شرع الفرقة بالأيلاء دون التقيد بعدم الوصول إليها قبله . ولو كان ذلك هو حقها لما أطلقه .

وهذا حكم رسول الله في قصة عبدالله بن عمرو بن العاص وشكوى امرأته من اشتغاله بالعبادة عنها يقول له : « إن لزوجك عليك حقاً » دون أن يسألها عن قربانه لها قبل ذلك . فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولأخبرها أنها لا حق لها فيما طلبت لو كان دخل بها مرة ، فالحق أن استمتاع المرأة حق مستمر لها ما دامت الحياة الزوجية ، وقد جوز بعض الفقهاء الفرقة

بالغيبة خوف الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقييد بعدم دخول سابق .

وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقرراً ذلك في صراحة . فأجاز للمرأة حق طلب التفريق إذا حبس زوجها أو غاب عنها سنة أو أكثر وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع بالزنا ، فإذا أجاز القانون هذا الحق مع غيبة الزوج عنها خوف الفتنة أفلا يكون من الأولى أن يبيح لها هذا الحق مع وجوده معها وعجزه عن مباشرتها ؟ لأن هذا الوجود مع ذلك العجز يثير في نفسها دواعي الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها .

وثانيا : إنه اعتبر المرض الذي يرجى الشفاء منه بعد زمن طويل من دواعي طلب المرأة التفريق . غير أنه لم يحدد الزمن الذي يعتبر طويلا حتى يحق لها الطلب والذي لايعتبر طويلا فلا يحق لها الطلب ، بل ترك ذلك التقدير لأهل الخبرة [1] وهم عادة يختلفون فيقع القضاة في حيرة عند اختلافهم .

وكان الأجدر به أن يحدد ذلك بزمن منضبط كما حدد فقهاء الصحابة الزمن الذي يؤجل له العنين بسنة ، وفقهاء المالكية المجذوم والأبرص بسنة إذا إذا كان يرجى برؤه فيها [2] . فينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ويفرق في الحال إذا قرر أكثر من ذلك .

وثالثا : إنه مع توسعه في إثبات الحق للمرأة لم يجعل للزوج هذا الحق اكتفاء بما له من حق الطلاق جريا على مذهب الحنفية ، وكان من العدل أن يجعل له هذا الحق كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ، لأن الزوج يتضرر إذا وجد زوجته مريضة بمرض لا يتمكن من معاشرتها معه وبخاصة إذا وجده كان

---

(١) فيرجع إليهم القاضي ليسألهم عن مدى الضرر المنتظر من هذا المرض ومن إمكان البرء منه وعدم إمكانه وعن المدة التي يمكن البرء فيها .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٧٩ .

موجودا عند العقد فتكون قد غرته ، واستعمال حقه في الطلاق يكلفه المال وهو في غنى عن دفعه ما دامت هي التي تسببت فيه ، ولأنه تزوج ليعيش مع زوجته طول حياته لا ليطلقها .

كان من العدل أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دلس عليه فيه عند العقد حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال .

فأما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لدرء ضررها ما يملك من حق الطلاق ، وهذه الحالة هي التي تستحق المرأة فيها الستر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة جعل حق طلب التفريق بالعيب للزوجة فقط كمذهب الحنفية ، ولكنه لم يقتصر على عيوب المقاربة الجنسية في الرجل، بل توسع فيها فأضاف إليها الأمراض التي لا أمل في شفائها أو يوجد ولكنه يستمر أكثر من سنة، ومثل لها بالجذام والبرص وعلة الزهري والجنون، غير أنه فرق بين النوعين فجعل عيوب المقاربة موجبة للتفريق إذا كانت قبل الدخول وبشرط ألا تكون معيبة بعيب منها ، أما بعده أو مع وجود العيب بها فلا حق لها .

وإذا كانت العلة قابلة للزوال أجله القاضي سنة تحتسب من زمن الحادثة أو من وقت إفاقته إذا كان مريضاً ، ولا يحتسب من السنة زمن مرض أحدهما وتغيب الزوجة ، أما غياب الزوج وأيام حيضها فإنه يحسب منها ، فإذا لم تزل ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة يفرق بينهما ، وإذا اختلف الزوجان في المقاربة بأن ادعاها الزوج وأنكرت الزوجة فإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين ، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع اليمين .

أما إذا كانت غير قابلة للزوال فلا تأجيل بل يفرق في الحال حيث لا فائدة في التأجيل ، كما صرح بأن الزوجة إذا اطلعت على عيب في زوجها من تلك العيوب وأقدمت على الزواج سقط حقها في الخيار ما عدا العنة لاحتمال أنها

أقدمت على ذلك رجاء أن تزول فلا يكون رضا منها على الدرام كما هو مذهب الشافعية .

أما إذا رضيت بالعيب بعد الزواج سقط حقها في الخيار ولو كان العيب هو العنة . جاء ذلك في المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ . وهذا كما ترى في جملته مأخوذ من مذهب الحنفية عدا استثناء اطلاعها على العنة قبل الزواج .

أما العيوب الأخرى وهي العيوب الجسمية والأمراض فقد أثبت حق الخيار فيها للزوجة مطلقاً . سواء كانت العلة موجودة قبل الزواج أو حدثت بعده .

فإذا طلبت الزوجة التفريق نظر القاضي في العلة فإن كان يوجد أمل بزوالها أجل الحكم سنة ، فإن زالت لا تفريق ، وإن لم تزل فرق بينهما إذا لم يقبل الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها ، لكنه قصر ذلك على العلة التي لا يمكن للزوجة الأقامة معه سوية بلا ضرر بدليل التمثيل بالأمراض التي يتعدى ضررها إلى الزوجة أو تنتقل بالوراثة إلى الأولاد كالجزام والبرص والزهري ، أما إذا كانت غير ذلك فلا تفريق كالعمى والعرج . م ١٢٢ .

وصرح في الجنون بأن الموجب للخيار منه ما كان حادثاً بعد عقد الزواج ويؤجل سنة كغيره ، فإن لم يزل يفرق بينهما إذا أصرت الزوجة على طلبها م١٢٣.

والسر في ذلك أن هذا القانون منع زواج المجنون والمجنونة إلا إذا وجدت ضرورة فيتزوج بأذن الحاكم – م ٩ .

فإذا أقدمت المرأة على الزواج بمجنون فقد رضيت بذلك ورضاها بالعيب مسقط لحقها في الخيار .

ثم إنه جعل الخيار للزوجة على التراخي. فلها التأخير في الدعوى أو تركها مدة بعد إقامتها – م ١٢٤ .

ولقد نص على أنه إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب أي عيب من العيوب السابقة فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثاني م ١٢٥ .

لأن الأقدام على الزواج الثاني يعتبر رضا من الزوجة بالعيب في الزوج والرضا بالعيب بعد العلم به يسقط حق الخيار ، والقانون أخذ بمذهب المالكية في النوع الثاني من العيوب ، وكل تفريق بالعيب يعتبر طلاقا بائنا كمذهب الحنفية والمالكية م ١٣١ .

هذا ما تسير عليه المحاكم السنية .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري [١] الذي يجعل للزوجة حق الفسخ بأحد عيوب أربعة في الزوج . جنونه سواء كان دائماً أو متقطعاً على الراجح كان قبل العقد أو بعده . وخصاؤه وعنته وجبه بشرط ألا يبقى له ما يمكنه من المخالطة ، وفي هذه يفسخ إذا كانت قبل العقد بلا خلاف ، فإن كانت بعد العقد والدخول فلا فسخ أيضاً بلا خلاف ، أما إذا وجدت بعد العقد وقبل الدخول ففيها رأيان أظهرهما أنه لا فسخ كما جعل للرجل الفسخ بأحد عيوب سبعة في المرأة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأفضاء والعمى والعرج الواضحين . وزاد بعضهم الرتق إذا منع من المخالطة أصلا إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت عن علاجه .

وقالوا : يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم وكذا المرأة غير أنها في العنن لا بد من أن ترفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل فإذا انتهى الأجل ولم يصل إليها كان لها التفرد بالتفريق بدون الرجوع إلى الحاكم مرة أخرى ، فإن وصل إليها أو إلى غيرها فلا خيار لها ويصدق إذا حلف على ذلك ، وإذا اختلفا في العيب فالقول قول المنكر مع يمينه إذا لم تكن للمدعي بينة .

---

(١) شرائع الأسلام ج ٢ ص ٣٠ وما بعدها .

الفصل الثالث

في التفريق للضرر

يراد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كضربه إياها ضرباً مبرحاً وشتمها شتماً مقذعاً ، وإكراهها على فعل ما حرم الله ، وهجرها لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو أخذ مالها وما شاكل ذلك .

فإذا حدث ذلك فهل للزوجة أن تطلب التفريق أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك بناء على اختلافهم في المراد بآية بعث الحكمين وصحة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة .

فذهب الحنفية والجعفرية والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق ، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة . فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعاً له إن لم يمتنع ، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكمين ليقوما بالأصلاح بينهما عملا بقوله تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا » النساء — ٣٥ .

قالوا : إن هذه الآية قصرت عمل الحكمين على محاولة الأصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق ، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلهما بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره .

وذهب المالكية والأوزاعي والشافعي في قوله الآخر وأحمد في الرواية الأخرى إلى أن لها الحق في طلب التفريق ، وليس في الآية ما يمنع ذلك ، بل من يمعن النظر فيها يجدها جعلت لهما هذا الحق ، لأن الله سماهما حكمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين فليسا بمجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال : « فابعثوا وكيلا عنه ووكيلا عنها ولما قصرهما على أهله وأهلها ، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء ، وإذا كانا حكمين فهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذر الأصلاح . وقد ثبت أن عثمان أرسل حكمين وقال لهما : إن رأيتما أن تفرقا ففرقا .

وكذلك روي عن علي أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما : عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا .

وروى عن ابن عباس أنه قال في الحكمين : فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز .

وتفصيل مذهب المالكية — الذي أخذ به القانون — في ذلك

أن للمرأة أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء الزوج معاملتها فإن ثبتت دعواها بإقرار الزوج أو بشهادة رجلين ولو بسماعهما من الجيران فرق القاضي بينهما .

وإن لم تستطع إثباتها رفض دعواها ، فإن تكررت شكواها بعث القاضي حكمين للأصلاح بينهما ، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين رشيدين عالمين بالمطلوب منهما شرعاً في هذه المهمة ، ويكون أحدهما من أهله والآخر من

أهلها إن أمكن ، فإن لم يجد من أهليهما من يصلح لذلك بعث حكمين أجنبيين ممن لهم صلة بالزوجين .

فإذا توصل الحكمان إلى الصلح بينهما انتهت المسألة ، وإن لم يستطعا ذلك فإن كان الزوج هو المسيء أو الأكثر إساءة فرق الحكمان بينهما بدون عوض ، وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو أكثر إساءة فهما مخيران بين الإبقاء على الزوجين وأمرا الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين خلع المرأة منه في نظير عوض ، وإن كانت الأساءة منهما على السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بعوض يسير ، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن

المعمول به من الرأيين

في مصر كان العمل بمذهب أبي حنيفة لا تفريق بين الزوجين بهذا السبب حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجوز التطليق للضرر أخذاً بمذهب الأمام مالك . جاء ذلك في ست مواد من ٦ – ١١ وهي تنص على الآتي :

م ٦ – إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الأصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

م ٧ – يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الأصلاح بينهما .

م ٨ – على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الأصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

م ٩ – إذا عجز الحكمان عن الأصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ – إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكّم غيرهما .

م ١١ – على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

فقد بينت هذه المواد أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يلحق بها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة وأثبتته ، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها استجاب لها القاضي وفرق بينهما بطلقة بائنة إذا لم يستطع الأصلاح بينهما .

فإذا لم تثبت دعواها رفضها ، فإن تكررت شكواها بعث حكمين رجل من أهلها وآخر من أهله إن أمكن ، فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك بعث حكمين من غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وعندهما أهلية للقيام بهذا الأمر .

فإذا قام الحكمان بمهمتهما وتوصلا إلى الأصلاح على أي وجه قرراه ، وإن عجزا عن الأصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة ورفعا الأمر إلى القاضي ليحكم بمقتضاه .

وإن اختلف الحكمان أمرهما بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . وأنت ترى أنه أقر مبدأ التفريق ولكنه بناه على أن تكون الأساءة من الزوجين أو من الزوج وحده أو جهل مصدرها ، ولم يعرض لما إذا كانت الأساءة من قبل الزوجة وحدها ، بل تركها عمدا دفعاً لمفسدة تترتب عليها صرحت بها المذكرة الأيضاحية بقولها : « لئلا يكون اعتبارها داعياً إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عروة الزوجية بلا مبرر » .

ولكنا نرى أن ترك المرأة المشاكسة بدون تفريق ليس فيه محافظة على

الحياة الزوجية . بل قد يؤدي إلى العكس ، لأنها ستستمر في فعلها لأنها تعلم أن الزوج سيضطر آخر الأمر إلى تطليقها بدون عوض .

ولو أخذ القانون بمذهب مالك في هذه الحالة وجعل للحكمين حق التفريق بالخلع لتعويض الزوج عما بذل من مال لكان في ذلك قطع الطريق على من يتخذ من النساء مضارة الأزواج وسيلة إلى الفراق بالطلاق بدون عوض .

ويلاحظ أن القانون لم يأخذ مذهب مالك حرفيا الذى يجعل للحكمين حق التفريق بدون الرجوع للقاضي ، بل جعل هذا الحق للقاضي بناء على اقتراحهما، وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية .

أما في لبنان : فالمحاكم الجعفرية تطبق المذهب الجعفري وهو لا يجيز التفريق بهذا الضرر ، بل على القاضي أن يعزره متى ثبت أنه يضارها ، وإذا وقع النزاع بين الزوجين وأدى إلى الشقاق ورفع أمره إلى الحاكم عين حكمين عدلين لبحث أمرهما والعمل على إصلاح ذات البين بينهما ، فإن عجزا عن الأصلاح لم يكن لهما حق التفريق إلا بوكالة من الزوجين كمذهب الحنفية .

والمحاكم السنية تسير على مقتضى قانون حقوق العائلة الذي قرر في المادة ـــ ١٢٠ أنه إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين حكما وإذا لم يجد من عائلة الطرفين أو من أحداهما من يصلح للحكم عين من يناسبهم من الخارج ، وعلى الحكمين أن يبحثا النزاع وأسبابه ويجتهدا في الأصلاح ، فإذا لم يتمكنا من الأصلاح فإن كان سبب النزاع من جهة الزوج فرق الحاكم بينهما ، وإن كان من جهة الزوجة جاز لهما المخالعة على تمام المهر أو على قسم منه ، وإذا لم يتفق الحكمان فالحاكم يعين هيئة أخرى أو يعين حكماً ثالثاً ليس له قرابة للطرفين .

ثم نصت على أن حكم الحكمين قطعي وغير قابل للاعتراض . وقد نصت المادة ـ ١٣١ – على أن الطلاق في هذه الحالة بائن .

فالقانون في ذلك أخذ بمذهب مالك في الجملة ، ولكنه لم يعرض لكل الحالات ، بل اقتصر على حالتين حالة ما إذا كان المتسبب في النزاع هو الزوج ، وحالة ما إذا كانت الزوجة هي السبب وفي كل منهما يكون التفريق طلاقاً بائنـاً .

كما يلاحظ أنه جعل لكل من الزوجين بحق طلب التفريق كما في المذهب المالـكي بينما نراه في التفريق بالعيب يقصر الحق على الزوجـة وإن توسع في العيوب أخذا من المذاهب الأخرى .

الفصل الرابع

في التفريق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتخشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها فهل تجاب إلى طلبها ؟

ذهب الحنفية والشافعية والجعفرية [1] وغيرهم إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه ، ولكنهم اختلفوا في حد الغيبة الطويلة . فحددها

---

(١) ومذهبهم في المفقود وهو من لا يعلم مكانه يتلخص في أنه إن كان له مال تنفق منه أو له ولي ينفق عليها أو وجد متبرع بالنفقة وجب عليها الصبر والانتظار حتى تعلم حياته أو موته ، وإن لم يكن له مال ولم يوجد أحد ينفق عليها أجلها القاضي أربع سنوات إذا رفعت أمرها إليه ويبحث عنه فأن لم يتبين له وجود أمر وليه أو وكيله بطلاقها فان لم يكن له أحدهما طلقها القاضي ، وتعتد عدة الوفاة ، وهذا الطلاق ليس لمجرد الغيبة بل لانقطاع الأمل في حياته . فقه الأمام جعفر ج ٦ ص ٤٣ ، ص ٤٤ .

الحنابلة بستة أشهر استنادا إلى ما روي عـــن عمر في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الغزو وسمعها عمر في إحدى الليالي تشكو منشدة بيتين من الشعر [1] وسأل ابنته حفصة عن المدة التي تصبر فيها المرأة عن زوجها فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر .

وحددها المالكية في الراجح عندهم بسنة وقيل بثلاث سنين .

كما اختلفوا في تلك الغيبة هل هي التي تكون بغير عذر كما يرى الحنابلة أو مطلقاً بعذر وبغير عذر كما يرى المالكية ، لأن المرأة تتضرر بها في الحالتين ، والمقصود بالتفريق رفع الضرر عنها ، واتفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعـــد زمن طويل موجبة للتفريق في الحال بدون إعذار ولا إمهال .

وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الأعذار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق بينهما بعد أن يتريث مدة باجتهاده رجاء عودته .

وهذا التفريق طلاق بائن عند مالك ، وفسخ عند الحنابلة لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية لا تفريق بالغيبة مهما طالت إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فعدل عن مذهب الحنفية وأخـــذ بحكم ملفق من مذهبي المالكية والحنابلة جاء ذلك في مادتي ١٢ – ١٣ ونصها :

---

(١) تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال علي ألا خليل ألاعبـــه
والله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

م ١٢ – إذا غاب الزوج سنة [1] فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها منه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الأنفاق منه .

م ١٣ – إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للأقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل .

والمراد بالغيبة كما جاء بالمذكرة الأيضاحية غيبة الزوج عن زوجته بأقامته في بلد آخر غير التي تعيش فيه ، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر .

وعللت تلك المذكرة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب مالك . بأن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمناً طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الأنفاق منه .

وإذا كانت هذه علة العدول فهي متحققة أيضاً في الغياب بعذر ولا يشذ عنه إلا النادر فلم لم يعمم القانون الحكم للحالين ما كانت بعذر وبغير عذر . كما هو مذهب مالك الذي صرحت المذكرة بأن الحكم مأخوذ منه ؟

ويمكننا تعليل هذه التفرقة : بأن الغيبة إذا كانت بغير عذر يلحق المرأة

---

(١) المراد بالسنة هنا هي الشمسية التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً . لما جاء في المادة ٢٣ من هذا القانون . أن المراد بالسنة في المواد من ١٢ – ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

فيها الضرر من غير فائدة تعود عليها أو على الحياة الزوجية فلا يكون للمرأة ما يحملها على الصبر ، وأما الغيبة بعذر كالسفر للتجارة أو للعمل أو لطلب العلم مثلا ففيها من الفائدة التي تعود على الحياة الزوجية المستقبلة ، فعلى المرأة أن تتحمل قسطا من أعباء تلك الحياة لبنـــاء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته طلب التفريق .

ولا أدل على ذلك من أن هذا القانون جعل لزوجة المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التفريق وإن كان له عذر في غيبته حيث لا اختيار له في هذا السجن لأنه بارتكابه مـا أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة ، بـل يجب أن يعامل بشدة . على أن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية بفائدة بل قد قد يكون سبباً في شقائها في المستقبل .

هذا هو المعمول به في مصر . أما في لبنان فقانون حقوق العائلة يعرض لحكم غيبة الزوج في المادتين ١٢٦ ، ١٢٧ ، فيفرق أولا بين غيبة الزوج الذي لم يترك لزوجته ما تنفق منه وتعذر تحصيل النفقة وبين ما إذا غاب وترك مالا مـن جنس النفقـة ، فإذا طلبت التفريق في الحالة الأولى حكم به بعـد إجراءات التحقيقات اللازمة بدون تأجيل .

وظاهر أن التفريق هنا لعدم الأنفاق كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

وإذا طلبته في الحالة الثانية فإن القاضي بعـد إجراء التحقيقات اللازمة ويأسه من معرفة مكانه لا يفرق في الحال بل بعد فترة من الزمن قدرت بسنة في الغيبة في المحاربة من بعد عودة الطرفين المتحاربين وأسرائهم لمحلاتهم ، وأربع سنوات في الأحوال العادية تبدأ من تاريخ اليأس من وجوده .

فإذا لم يعرف مكانه في تلك المدة وأصرت الزوجة على طلبها يفرق بينهما

بطلقة بائنة وتعتد المرأة في كلا الحالتين عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم م ١٢٧ .

فلو تزوجت بعد انقضاء عدتها ثم ظهر زوجها الأول لا يفسخ هذا الزواج الثاني م ١٢٨ ، لأن الزواج الأول انتهى بالطلاق الذي أوقعه القاضي ، وعدة الوفاة كانت للاحتياط فقط ، أما لو حكم بوفاته ثم تزوجت بآخر ثم تحققت حياة زوجها الأول انفسخ الزواج الثاني م ١٢٩ ، لأن الزواج الثاني جاء على أساس أن الأول انتهى بوفاة الأول وظهر أن هذا الأساس غير صحيح وأن الزواج الأول لا زال باقياً .

الفصل الخامس

في التفريق لحبس الزوج

يرى الحنفية والشافعية والجعفرية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال، والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لغيبة الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج .

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة في فتاويه [1] ، ولكن المذهب المالكي صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما في الأسير ، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد . وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس .

لذلك أخذ القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بهذا فنصت مادته الرابعة عشرة على أن : « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة

---

(١) فيقول في باب عشرة النساء: « القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود».

ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الأنفاق منه » .

فإذا تحققت الشروط الموجودة في هذه المادة كان للزوجة طلب التفريق وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ما أثبتت دعواها دفعا للضرر عنها .

وإنما شرط لجواز طلب التفريق أن يكون بعد مضي سنة من تاريخ حبسه لأن جواز الطلب للتفريق هنا لغيبة الزوج عنها في واقع الأمر ، وفي الغيبة لا يجوز لها الطلب إلا بعد مضي سنة ليتحقق الضرر وهو الاستيحاش لبعده .

وحينئذ يكون الحكم بالتفريق مبنياً على الضرر الواقع عليها بالفعل لا على الضرر المتوقع من الحبس .

وقانون حقوق العائلة لم يعرض لمسألة حبس الزوج ، فهل يرجع إلى المذهب الحنفي لأنه المرجع في كل ما سكت عنه القانون ، أو يرجع للمذهب الحنبلي الذي أخذ منه القانون حكم التفريق للغيبة ؟

الظاهر أنه يرجع للمذهب الحنفي ، لأن التفريق للغيبة في نظر القانون ليس مبنياً على مجرد الغيبة وبعد الزوج عن زوجته بل لعدم معرفة مكانه .

أما المذهب الجعفري فالرأي الغالب عندهم أنه لا تفريق بالحبس ، ولكن بعض علمائهم جوز ذلك ، يقول السيد كاظم في ملحقات العروة الوثقى: «لايبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبداً »[1] .

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مغنية ص ١٦٨ ، ص ١٦٩ .

الباب الثالث

في

اللعان والأيلاء والظهار

وفيه فصول

الفَصْل الأول

في اللعان [1]

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التعريف به وكيفيته وشروطه والامتناع عنه

اللعان مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والأبعاد من رحمة الله تعالى .

وفي الاصطلاح : اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة [2] .

---

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٦ ؛ فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٥٧ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ وما بعدها ، منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٢ وما بعدها . كشاف القناع ج ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها ، شرائع الأسلام ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) سمي بذلك لوجود لفظ اللعن في خامسة الزوج ولم يسم بالغضب لأن اللعن أسبق منه والسبق من أسباب الترجيح، ولأن لعانه قد ينفك عن لعانها ولا عكس . فتح القدير ج٣ ص٢٤٧.

وقد شرع الله الحد لمن يقذف امرأة محصنة [1] بالزنى ولم يثبت دعـــواه بشهادة أربعة شهود زجراً له ولأمثاله عن انتهاك أعراض العفيفات . فيجلد ثمانون جلدة بقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون » النور — ٤ .

وكان هذا هو الواجب في قذف كل محصنة ولو كانت زوجة، ولكن الله خفف عن الأزواج ورفع الحرج عنهم بشرعية اللعان في حق من قذف زوجته بقوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليـــه إن كان من الكاذبين، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنـــه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » النور ص ٦ — ٨ .

فلما نزلت هذه الآيات أقام رسول الله ﷺ اللعان بين زوجين اتهم الزوج زوجته بالزنى مع شخص معين بعد أن وعظها وبين لهما أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة لأن أحدهما كاذب بيقين ، فصار ذلك هو الحكم المقرر فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو نفى نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه .

كيفية اللعان :

طريقة اللعان بعد حدوث سببه كما جاء في الآيات السابقة أن يأمر القاضي الزوج بملاعنتها بأن يقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه ويشير إليها إن كانت حاضرة، وإن لم تكن حاضرة بالمجلس سماها ونسبها بما تتميز

---

(١) المحصنة : هي المسلمة الحرة البالغة العاقلة العفيفة عن الزنى .

به ، ويكرر ذلك أربع مرات وفي الخامسة يقول : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد حسب موضوع الدعوى .

فإذا انتهى أمر الزوجة بملاعنته فتقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى أو نفي الولد حسبما جاء في دعواه ، وتكرر ذلك أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : [1] غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به ، ويكون ذلك بحضرة جماعة من الرجال أقلهم أربعة لأنه بينة على الزنى .

وإنما وجب الابتداء بالرجل لأنه المدعي فبينته بينة إثبات وبينتها بينة إنكار لأنها منكرة ، وإنما كانت أربع شهادات لأن الزنى لا يثبت إلا إذا شهد عليه أربعة من الرجال أو أقربه صاحبه أربع مرات ، فكانت هذه الشهادات منه قائمة مقام شهادة الشهود الأربعة .

فإذا فعل ذلك سقط عنه حد القذف ، وإذا عارضته بشهاداتها سقط عنها حد الزنى .

حكم الامتناع عن الملاعنة بعد وجود سببها :

إذا امتنع الرجل عن الملاعنة بعد اتهامه زوجته بالزنى أو بنفي ولدها حبسه القاضي حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيقام عليه حد القذف عند الحنفية .

ويذهب الأئمة الثلاثة والجعفرية إلى أنه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه .

---

(١) يلاحظ أن النص السابق بينما جعل دعاء الرجل على نفسه لعنة الله جعل دعاء المرأة على نفسها غضب الله عليها . والغضب أشد من اللعن ، لأن اللعن طرد من الرحمة والغضب سخط الله وأنزال مقته وعذابه بالمغضوب عليه ، لأن جريمة المرأة هنا أشد من جريمة الرجل ، ولأن المرأة تكثر من اللعن كما جاء في الحديث في وصف النساء: « يكثرن اللعن ويكفرن العشير » فلا تهتم به لو أمرت بالدعاء عليها باللعن.

وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوج زوجته .

فالحنفية يرون أن موجبه اللعان لأن قوله تعالى : « فشهادة أحدهم » معناه فالواجب شهادة أحدهم ، وهذا يفيد أن الواجب في قذف الزوجات اللعان فلا يجب غيره إذا لم يوجد ، ثم قالوا إن آيات اللعان نسخت آية القذف في حق الأزواج أو خصصتها بغير الأزواج ، والجمهور يذهبون إلى أن الموجب الأصلي لقذف الزوجات هو حد القذف واللعان مسقط له ، لأن آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجاً كان أو غير زوج وجاءت آيات اللعان مخففة عن الأزواج فجعلت لهم طريقاً لرفع الحد عنهم باللعان ، فإذا امتنع عن اللعان ثبت الموجب الأصلي وهو الحد ، ويدل لهذا أن الرسول قال لهلال بن أمية – لما قذف زوجته بالزنى مع شريك بن شحماء – « البينة أو حد في ظهرك » ، وعند ما نزلت آية اللعان وجاء يلاعن (١) قال له الرسول: « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة »، ولولم تكن الحد بهذا القذف واجباً لما كان لهذا القول معنى .

ولأن الزوج لو أكذب نفسه أقيم عليه الحد بالاتفاق .

ويبدو أن رأي الجمهور هنا أرجح من رأي الحنفية .

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان بعد أن لاعنها الزوج حبست عند الحنفية حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه ، فإن صدقته لا تحد حد الزنى حتى تقر صريحاً أربع مرات ، لأن تصديقها ليس إقراراً بالزنى قصداً ، ولأنها لو

---

(١) وهو أول لعان وقع في الإسلام ولم يقع بعده لعان إلا في زمن عمر بن عبد العزيز . حاشية القليوبي على شرح المنهاج ج ٤ ص ٢٨ .

أقرت بالزنى ثم رجعت عن إقرارها لم تحد . ووافقهم الحنابلة في ذلك (١) .

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية إلى أنها إذا امتنعت عن اللعان يقام عليها حد الزنى وهو الرجم ، لأن الواجب الأصلي هو الحد واللعان يدرأ عنها الحد لقوله تعالى : « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله » فقد جعلت الشهادات وهي اللعان من جانبها دافعا عنها العذاب وهذا العذاب هو الحد المصرح به في قوله تعالى: « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » .

شروط اللعان :

لا يجب اللعان إلا بعد قذف الزوج ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضي وتوفرت الشروط الآتية :

١ – أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بينهما حقيقة أو حكما عند القذف سواء أضاف الزوج الزنى إلى زمن الزوجية أو قبلها عند الحنفية ، لأن العبرة عندهم بالوقت الذي وقع فيه القذف سواء كان القذف قبل الدخول أو بعده .

وذهب الجمهور والجعفرية إلى أن الشرط أن يضيف القذف إلى زمن الزوجية فلو أضافه إلى ما قبل الزواج لا يلاعن ويقام عليه حد القذف (٢) ، لأن العبرة عندهم بالوقت الذي يضيف إليه الزنى فلا بد أن يكون حال قيام الزوجية .

فلو كان الزواج فاسدا لا يلاعن لأن الزوجة فيه تعتبر كالأجنبية ويقام عليه

---

(١) ففي كشاف القناع ج ٥ ص ٤٠٠ وإن لاعن الزوج ونكلت الزوجة عن اللعان فلا حد عليها لأن زناها لم يثبت لأن الحد يدرأ الشبهة وحبست حتى تقر أربعا أو تلاعن .

(٢) الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥٨ ، منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٩ . كشاف القناع ج ٥ ص ٣٩٥ . استثنى الشافعية صورة ما إذا كان القذف بنفي الولد فانه يلاعن ولو أضاف الزنى إلى [illegible] الزواج .

حد القذف إذا كانت المقذوفة عفيفة .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يلاعن في الزواج الفاسد إذا كان القذف بنفي الولد لإن الرجل مضطر إلى نفي نسب هـذا الولد ولا طريق له إلا باللعان .

٢ – أن يكون كل من الزوجين أهلا للشهادة على المسلم بأن يكون كل منهما مسلما بالغاً عاقلا حراً قادراً على النطق غير محدود في قذف ، فإذا تخلف قيد من ذلك لا يقام بينهما اللعان . وهذا عند الحنفية ، لأن اللعان عنـــدهم شهادات [1] مؤكدات بالأيمان . حيث سمت الآية الأزواج شهداء وسمت ملاعنتهم شهادات . وجعلها كشهادة الزنى في العدد .

وشرط الجعفرية البلوغ والعقل في الزوجين ، وزادوا في الزوجة السلامة من الصمم والخرس وأجازوا لعان الأخرس بإشارته المعقولة .

ولم يشترطوا الأسلام ولا الحرية ولا عدم الحد في قذف على الأصح عندهم [2].

---

(١) وعند الأئمة الثلاثة هي أيمان بلفظ الشهادة فيشترط فيه أن يكون كل منهما أهلا لليمين والزوج أهلا للطلاق فصححوا اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أو كافرين ، عدلين أو فاسقين محدودين في قذف أو لا ما دامت الزوجة محصنة يحد قاذفها ودليلهم على ذلك أنه يذكر فيه اسم الله ويجب تكراره والمعروف في الشهادة أنهـــا لا تكرر لكن القسم قد يكرر كما في القسامة ، ولأنه يكون من الجانبين والشهادة تكون من جانب واحد ، وتسميته شهادة باعتبار قول كل منهما أشهد ، ولأن الرسول قال بعد أن ولدت امرأة هلال بن أمية: « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » .

قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٣ بعد أن حكى عن صاحب الفتح أقوالا ثلاثة أن اللعان شهادة فيها شائبة يمين والعكس ، وأنه ليس بيمين ولا شهادة قال : والذي تحرر لي أنها من حيث الجزم بنفي الكذب واثبات الصدق يمين لكن أطلـــق عليها شهادة لاشتراط أن لا يكتفي في ذلك بالظن بل لا بد من وجـــود علم كل منهما بالأمرين علما يصح معه أن يشهد .

(٢) شرائع الأسلام ج ٢ ص ٨٨ .

٣ – ألا يقيم الزوج بينة على ما ادعاه بالاتفاق ، فلو أقام بينة وجب عليها الحد ولا لعان ، لأن اللعان حجة ضعيفة فلا تقاوم بالبينة .

وزاد الجعفرية على ذلك أن يدعى مع الزنا مشاهدته ، فلو لم يدع المشاهدة فلا لعان .

٤ – أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى ، وجوز الجعفرية لعان الزوجة غير العفيفة على نفي الولد خاصة .

٥ – أن تنكر الزوجة ما رماها به زوجها .

المبحث الثاني

في الآثار المترتبة على اللعان :

إذا توافرت شروط اللعان ووقع أمام القاضي ترتب عليه الآثار الآتية :

١ – سقوط الحد عنهما .

٢ – يحرم بمجرد اللعان استمتاع كل من الزوجين بالآخر حتى قبل تفريق القاضي بينهما .

٣ . تقع الفرقة بين الزوجين بالاتفاق . غير أنهم اختلفوا في وقوعها . هل تقع بمجرد اللعان ولا تتوقف على تفريق القاضي أو لا تقع إلا بتفريقه ؟

فذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى أنها لا تقع إلا بتفريق القاضي ، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي كانت الزوجية باقية بينهما في بعض الأحكام ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر ، ولو طلقها وقع عليها الطلاق ، ولو أكذب نفسه حلت

له من غير تجديد عقد الزواج ، واستدلوا بما روي عن ابن عباس في قصة المتلاعنين : « ففرق رسول الله ﷺ بينهما » وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله .

وذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه وزفر من الحنفية والجعفرية إلى أن الفرقة تقع بمجرد الملاعنة ، وحكم القاضي منفذ لها ، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت ، وقول ابن عباس السابق ليس نصا في إنشاء الفرقة بل يحتمل ذلك ويحتمل أنه إعلام لهما بها أو تنفيذها حسا بينهما ، ومع الاحتمال لا يدل على توقف الفرقة على حكم القاضي .

وإذا وقعت الفرقة بينهما اعتبرت طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد [1] ، تحتسب من عدد الطلقات لأن سبب الفرقة جاء من جانب الرجل لأنه المتسبب فيها ، فلا يحل له أن يتزوجها قبل أن يكذب نفسه أو تصدقه في دعواه أو يكون من أحدهما ما يخرجه عن أهلية الشهادة . كأن يقذف أحدهما غيره فيحد به أو يرتد عن الأسلام ، لأن تكذيبه لنفسه يعتبر رجوعاً عن الشهادة ، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها وحينئذ يحد حد القذف ويثبت نسب الولد فيه إن كان القذف لنفيه ، وبتصديقها له يرتفع سبب اللعان أيضاً ، لكنها لا تحد حد الزنى إلا إذا أقرت أربع مرات . كما قدمنا .

وذهب أبو يوسف والأئمة الثلاثة والجعفرية إلى أن الفرقة باللعان تكون فسخاً لا طلاقاً لأنها فرقة مؤبدة كحرمة الرضاع فلا يمكنهما إعادة الزواج بينهما حتى ولو أكذب نفسه أو صدقته الزوجة لحديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

ولأن سبب التفريق وهو اللعان قد وجد ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها له

---

(١) وهو المعمول به في مصر الآن لأن القانون لم يعرض له بل أن مذكرته الأيضاحية نصت على أن فراق اللعان وإباء أحد الزوجين الأسلام باق على حكمه في مذهب الحنفية .

لا ينفي وجوده فيبقى حكمه [1] ، ولأنه لو كان صادقاً في اتهامة لها فلا ينبغي له أن يرجع إلى معاشرة زوج بغى ، وإن كان كاذباً فقدأساء إليها إساءة بالغة فلا يمكن من معاشرتها بعد ذلك .

٣ - إذا كان اللعان بنفي الولد ينتفي نسبه منه ويلحق بأمه فيكون أجنبياً في بعض الأحكام كالتورات والنفقة ، فلا توارث بينهما إذا مات أحدهما ، كما لا يرث الولد قرابة أبيه وإنما ترثه أمه وأقرباؤها ، ولا تجب لأحدهما نفقة على الآخر ، لأن كلا منهما لا يثبت إلا بسبب متيقن .

وتبقى أحكام البنوة في الأحكام الأخرى التي يراعى فيها الاحتياط لاحتمال أنه ابنه حقيقة فلايحل لأحدهما إعطاءزكاته للآخر ،ولا تقبل شهادةأحدهماللآخر .

ولا يقتل الأب به قصاصاً إذا قتله ، كما لو قتل ابنه الثابت النسب .

وتثبت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده ، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس .

ولا يعتبر الولد بهذا النفي مجهول النسب ، فلو ادعاه غير الملاعن لا يصح ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الملاعن نفسه فيعود نسب الولد له .

ولهذا قيل لو ادعاه أجنبي بعد موت الملاعن صحت الدعوى وثبت نسبه من المدعي إذا توافرت شروط ثبوت النسب .

هذا عند الحنفية ووافقهم الجعفرية فيما عدا القصاص فقالوا: إنــــه إذا قتله الملاعن اقتص منه ، والشهادة فجوزوا شهادة كل منهما للآخر وعليه ، وذلك لأنهم يجوزون شهادة الوالد لابنه وعليه وكذلك شهادة الابن لأبيه ولم يمنعوا إلا شهادة الابن على أبيه .

---

(٢) غير أن أبا يوسف يقول : إذا قذفها بنفي الولد وأكذب نفسه فإنه يثبت نسب الولد منه معللا ذلك بأن الحديث جاء بالتفريق بينهما ولم يتعرض للنسب بالنفي فيجب المحافظة عليه، وإذا ثبت نسبه ومات الأب ورثه الابن ولو مات الابن لا يرثـــه أبوه لاحتمال أنه أكذب نفسه لأجل الميراث عند الحنفية والجعفرية .

الفَصْل الثاني

في الايلاء [1]

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التعريف وركنه وألفاظه وشروطه

الأيلاء لغة عبارة عن اليمين مطلقاً . يقال : آلى يولي إيلاء إذا حلف سواء كان على ترك قربان زوجته أو غيره .

وفي الشريعة عبارة عن حلف الزوج على ترك قربان امرأته أربعة أشهر سواء كان حلفاً بالله أو بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إتيانه .

---

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ وما بعدها ، الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٢٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٦ وما بعدها، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ٨ وما بعدها . كشاف القناع ج ٥ ص ٣٥٣ ومـا بعدها ، شرائع الأسلام ج ٢ ص ٨٣ وما بعدها ، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٤٦٣ وما بعدها ، فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٣٢ .

وقد كان هذا النوع من الأيلاء في الجاهلية يلحق الضرر البالغ بالمرأة لطول مدة المنع كما روى عن ابن عباس أنه قال : كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين فوقت الله لهم أربعة أشهر (١) .

وكان يتكرر هذا الحلف حتى يصل إلى التحريم المؤبد فتصير بذلك المرأة كالمعلقة لا هي بذات زوج لها حقوق الزوجية ولا هي خالية من الزواج يغنيها الله من فضله .

فخفف الشارع عنها بجعل أمد الأيلاء فترة قصيرة ألزم الزوج فيها إما الرجوع عن مقتضى يمينه أو فراقها جاء ذلك في قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » البقرة — ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

فنقله من حرمان مؤبد إلى حرمان مؤقت ينتهي بأحد أمرين : إما عودة الحياة الطبيعية بين الزوجين والأمساك بالمعروف أو التسريح بالأحسان .

ولم يرفعه من أساسه وإن كان فيه إيلام المرأة بحرمانها من أمر لازم لطبيعتها البشرية وإشعارها بكراهته وانصرافه عنها ، لأنه لا يخلو من فائدة تعود على الحياة الزوجية .

فقد يكون نوعاً من التأديب لها إذا كان الباعث عليه أمراً يرجع إليها كأتيانها فعلا ينفره منها فهجرها بهذا اليمين يحملها على تلافي سببه فتصفو الحياة الزوجية بينهما .

وقد يكون علاجاً له إذا كان السبب منه ، لأن بعده عنها قد يثير في نفسه الشوق إليها فيعود إليها نادماً على أساءتها مصراً على حسن معاشرتها ، فإذا

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣١٩ .

مرت المدة دون أن يجد نفسه مالت إليها فارقها بيسر وسهولة .

فيكون الأبقاء عليه بهذه الصورة من عوامل دعم الحياة الزوجية أو أنهائها بالمعروف .

ركن الأيلاء :

يوجد الأيلاء بالعبارة الدالة على منع الزوج نفسه من قربان زوجته أربعة أشهر [1] فأكثر منعا مؤكداً باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام ما يشق عليه إثباته . كأن يقول : والله لا أقربك أربعة أشهر، أو وقدرة الله لا أقربك عاماً، أولا أقربك أبداً ، وكذلك لو أطلق عن التقييد بزمن : كوالله لا أقربك، لأن الاطلاق ينصرف إلى التأبيد ، ومثل ذلك لو قال : إن قاربتك في هذا العام فعلي صوم شهرين متتابعين أو حج أو صلاة ألف ركعة مثلا ، ففي كل هذه الصور يكون مولياً يلزمه حكم الإيلاء الذي سيأتي بيانه .

وعلى ذلك لا يكون مولياً من حلف على تركها أقل من أربعة أشهر ، أو قال لها : لا أقربك أربعة أشهر دون أن يلتزم بأمر يشق عليه ، لأن الشرط لتحققه كون المنع مدة لا تقل عن أربعة أشهر مع تأكيده باليمين أو بالتزام أمر يشق عليه ، فإذا خلا من أحدهما لا يكون إيلاء ، هذا عند الحنفية .

وخالفهم الأئمة الثلاثة والجعفرية في المدة فشرطوا أن تكون أكثر من أربعة أشهر أو مطلقة عن التقييد .

لأن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو

---

(١) خالف الظاهرية فقالوا متى : حلف بالله أو بصفة من صفاته على عدم قربانها يكون موليا وإن لم يعين مدة أو عين أقل من أربعة أشهر ، فإذا فعل أمره الحاكم بالحنث في اليمين وأمهله أربعة أشهر من حين الحلف فإذا انتهت المدة ولم يفيء ولم يطلق وقفه وأمره بأحدهما فإن امتنع فليس له أن يطلق عليه بل يضربه حتى يفعل أحدهما أو يموت قتيل الحق إلى مقت الله تعالى . المحلى ج ١٠ ص ٥٢ .

الأربعة الأشهر وهو لا يطالب فيها بشيء فلا بد أن يزيد عليها ليطالب فيها بالفيء أو الطلاق .

كما خالفهم الجعفرية والحنابلة في المؤكد فشرطوا أن يكون بإسم الله أو بصفة من صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو التزم ما يشق عليه لا يكون مولياً ، لأنه لا يمين إلا ما عده الشارع يميناً ، ولأن الحلف عند إطلاقه ينصرف إلى القسم الذي تعورف في عصر نزول الوحي أنه يمين تلزم الكفارة بالحنث فيه « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ... الآية .

ألفاظه : تتنوع ألفاظ الأيلاء إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : هو ما دل على المقصود من غير احتمال شيء آخر . نحو والله لا أقربك . أو لا أجامعك ، أو لا أغتسل لك من جنابة وما شاكل ذلك، وهذا يكون إيلاء ولا يصدق في أنه قصد به شيئاً آخر .

والكناية : ما احتمل معنى آخر . نحو لا أغشاك ، ولا أمسك ، ولا أدخل عليك ، ولا أجمع رأسي ورأسك ، وهذا لا يكون إيلاء إلا بالنية ، فلو ادعى أنه أراد به غير المخالطة صدق قضاء .

وكما يكون باللفظ المنجز يكون بالمعلق على حدوث أمر آخر ، وبالمضاف إلى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الأيلاء في المنجز عقب التلفظ به وفي المعلق من وقت تحقق الشرط ، وفي المضاف لزمن بدخول أول لحظة منه عند الحنفية والشافعية والمالكية ، وذهب الحنابله والجعفرية إلى أنه لا يكون إلا منجزاً .

شروط الأيلاء :

١- يشترط في المولى « الزوج » أن يكون بالغاً عاقلا قادراً على المخالطة الجنسية ،

وبعبارة أخرى أن يكون أهلا للطلاق عند أبي حنيفة والجعفرية .

وشرط ابو يوسف ومحمد أن يكون أهلا للكفارة ، لأنه يمين يترتب على الحنث فيه الكفارة فلا بد أن يكون مسلماً مع العقل والبلوغ ، فالأيلاء عندهما لا يصح من غير المسلم ، لأن الكفارة عبادة لا تصح منه، ويصح عند أبي حنيفة لأنه أهل للطلاق ، فإذا آلى من زوجته وبر في يمينه بأن لم يقربها في المدة كلها طلقت، وإن حنث فيه لم تلزمه كفارة لأنه ليس أهلا لها لكونها عبادة .

وزاد الجعفرية : أن يقصد بهذا الأيلاء الأضرار بالزوجة ، فلو حلف لا يقربها لصلاح اللبن لابنه الرضيع أو لمرضها لم يكن إيلاء ، ويوافقهم في ذلك المالكية [١] .

٢ ـ يشترط في المولى منها : أن تكون زوجة حقيقة أو حكما بأن تكون في عدة الطلاق الرجعي عند الحنفية والجعفرية ، لأن كلا منهما يحل مخالطتها حتى صحت الرجعة بالفعل باتفاقهم كما قدمنا في بحث الرجعة .

وتبتدىء المدة من وقت الحلف وتحتسب مدة العدة منها . فإن انتهت العدة قبل مدة الأيلاء سقط لفوات محله ، وإن امتدت العدة إلى نهاية مدة الأيلاء كان صحيحاً وطبق الحكم عليه، وامتداد العدة يتصور فيما إذا كانت عدتها بالقروء وامتد بها الطهر فطالت مدة الحيضات الثلاث حتى نهاية الأشهر الأربعة .

وقد يراجعها أثناء العدة فيمتد الأيلاء إلى ما بعد الرجعة فيما إذا اعتدت بالأشهر . أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الأيلاء منها باتفاقهم ، لأنه لا يحل له قربانها حتى يحلف على امتناعه منه ، ولأنها ليست من نسائه حتى تدخل تحت قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » ... الآية .

---

(١) والشافعية والحنابلة لم يشترطوا هذا الشرط كالحنفية .

ولم يشترط الحنفية في المرأة المولى منها أكثر من هذا . فيصح الأيلاء من الزوجة دخل بها أو لم يدخل بها صغيرة كانت أو كبيرة يمكن مخالطتها أو لا كأن كانت قرناء أو رتقاء أو في مكان بعيد لا يمكنه الوصول إليها في مدة الأيلاء . قالوا : والفيء في هذه الأحوال التي يتعذر فيها المقاربة يكون بالقول . وهو قول مالك .

وشرط الجعفرية : أن تكون مدخولاً بها بعد عقد زواج دائم . فمن آلى من زوجته قبل الدخول بها لا يصح إيلاؤه .

المبحث الثاني

في حكم الأيلاء :

إذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته على الوجه السابق فإما أن يفيء إليها بأن يفعل المحلوف عليه في مدة الأيلاء أو لا يفعل .

فإن فعل قبل مضي الأشهر الأربعة بطل الأيلاء ولزمه كفارة اليمين إن كان الحلف باسم الله أو بصفة من صفاته ، أو الوفاء بما التزم من صلاة أو صوم أو حج أو تصدق .

هذا إذا كان يقدر على مقاربتها ، فإن كان عاجزاً عنها من وقت الأيلاء لعذر كمرضه أو مرضها أو صغرها أو بعده عنها وامتد عجزه إلى آخر مدة الأيلاء [1] يكون فيئه بالقول . كأن يقول : فئت إلى زوجتي أو رجعت عما

(١) وإنما شرط امتداد العجز إلى آخر المدة لأنه لو قدر على المقاربة في أي وقت منها لم يصح فيئه بالقول . فتح القدير جـ ٣ ص ١٩٥ .

تلت ، وبهذا القول ينحل يمينه بالنسبة للطلاق فلا يقع بمضي المدة بدون مخالطة ، كما أنه لا تلزمه كفارة اليمين ولا الأمر الملتزم به بالتعليق لأن المحلوف عليه لم يقع منه فلا حنث ، وإنما اعتبر الفيء بالقول لأن وقوع الطلاق لرفع الظلم عنها ، وعند العجز يكفي رفع الظلم بالقول حيث لا يستطيع سواه .

وإن لم يفعل ولم يقل ذلك القول حتى انتهت المدة كان باراً في يمينه فلا كفارة عليه ولكنها تطلق منه طلقة بائنة بمضي المدة عند الحنفية ، ولا يحتاج الطلاق لأيقاع منه أو لحكم القاضي به ، وبعد وقوع الطلاق ينتهي الأيلاء إذا كان عين هذه المدة عند الحلف [1] .

وإنما وقع بائنا عندهم لأن وقوعه هنا لتخليص المرأة من الظلم ، والرجعي لا يفيد ذلك حيث يملك مراجعتها ثم يعيد الأيلاء وتتكرر المسألة فلا يخلصها إلا البينونة .

والأئمة الثلاثة يوافقون في أن الفيء في المدة ينهي الأيلاء ويلزمه الكفارة لهذا الحنث ، ولكنهم خالفوهم في وقوع الطلاق بمضي المدة . فذهبوا إلى أن الزوج إذا لم يفيء إلى زوجته بعد انقضاء الشهور الأربعة فعليه الطلاق ، فإن طلق انتهى الأمر ، وإن أبى الطلاق طلق عليه القاضي جبراً إذا طلبت

---

(١) أما إذا كان الأيلاء مؤبداً ، كأن قال لها : والله لا أقربك أبداً أو لم يصرح بلفظ الأبد فلا ينتهي الأيلاء بوقوع هذا الطلاق بمضي المدة . لأنه لم يوجد الحنث حتى يرتفع به ، فإن تزوجها عاد الأيلاء فإن وطئها كفر عن يمينه ، وإن لم يفعل حتى مضت أربعة أشهر وقع طلاق آخر ، فان تزوجها ثالثا ولم يقاربها ومضت أربعة أشهر وقعت طلقة ثالثة فتحرم عليه حتى تتزوج بآخر ، فإن تزوجها بعده ولم يقاربها لا يقع عليه طلاق بذلك الأيلاء لتقيده بطلاق هذا الملك ، لأن الأيلاء طلاق مؤجل وينعقد على التطليقات المملوكة له فيه ولم يبق له شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها ، لكن يلاحظ أنه إذا قاربها في هذا الزواج لزمته الكفارة لتحقق الحنث في اليمين بتلك المقاربة وينتهي الإيلاء بذلك .

راجع الهداية وحاشيتي فتح القدير والعناية جـ ٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

الزوجة ذلك [1] والطلاق الواقع هنا رجعي سواء كان من الزوج أو القاضي ، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن .

فهم يخالفون الحنفية في أمرين . في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة بل لا بد من إيقاعه من أحدهما ، وفي أن الطلاق لا يكون بائناً .

أما الجعفرية : فإنهم يوافقون الأئمة الثلاثة في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة،

---

(١) ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم في وقوع الطلاق بمضي المدة وعدم وقوعه إلا بإيقاع بعدها من الزوج أو القاضي يرجع إلى اختلافهم في مرجع التعقيب المستفاد من الفاء في قوله تعالى : « فإن فاء وافإن الله غفور رحيم » بعد تقدم أمرين الأيلاء والتربص . هل هو للأيلاء أو للتربص . فالجمهور على أنه راجع إلى التربص . والمعنى فإن فاءوا بعد معنى المدة التي يتربصها المولى، والحنفية قالوا: إنه راجع إلى الأيلاء فيكون المعنى . فإن فاءوا بعد الأيلاء. وهذا يحتمل أن يكون الفيء بعد الأيلاء في مدة الأربعة أشهر أو بعدها، ويرجح كونه فيها بقراءة ابن مسعود « فان فاءوا –فيهن – فإن الله غفور رحيم » فهذه وإن لم تثبت قرآنيتها لعدم تواترها فإنها لا تخرج عن أن تكون خبراً عن رسول الله فيصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين هنا . فإن فاء الزوج في المدة وإلا طلقت امرأته بانقضائها طلقة بائنة من غير حاجة إلى تطليق منه أو من القاضي، وقد روى ذلك عن بعض الصحابة والتابعين . كابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت . وعطاء وعكرمة والحسن وغيرهم . والمعنى فإن فاء واقبل مضى المدة وعادوا إلى مقاربة زوجاتهم فإن ذلك يكون توبة من ذلك الذنب فالله يغفر لهم، وإن أصروا على تنفيذ يمينهم وهجر زوجاتهم حتى انقضت المدة فانه يكون إصراراً على الطلاق فيكون إيلاؤه طلاقا فتطلق منهم بمجرد انقضاء المدة .

ووجه الجمهور أن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو أربعة أشهر وجعلها مدة تربص لا يطالب فيها الزوج بشيء، وقد رتب على انقضائها أحد أمرين. أن يفيء الزوج إلى امرأته فيغفر الله له ما وقع منه من إيذائها ، وأن يعزم طلاقها فالله مطلع على ما يصدر منه فيحاسبه عليه فيسمع ما يقع منه من الطلاق ويعلم ما يصدر منه من خير أو شر فيجازيه عليه ، فاذا فعل أحد الأمرين فبها ، وإن لم يفعل كان للمرأة ان ترفع أمره إلى القاضي ليخيره بينهما فان عمل وإلا طلق عليه ، وهذا مروى عن عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وغيرهم . وهذا الرأي أرجح من الأول .

وعلى الزوج بعدها أحد أمرين . إما الفيء أو الطلاق ، فإن فاء إليها فلا يطلب منه شيء ، وإن طلق وقع الطلاق رجعياً ، وإن امتنع عن الأمرين كان للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم ، وعليه أن ينظره أربعة أشهر أخرى فإذا مضت ولم يفيء فيها خيّره الحاكم بين الفيئة والطلاق إذا رفعت إليه أمرها بعد انقضائها ، فإن امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفيء أو يطلق ، فإذا طلق وقع رجعياً ولا يملك القاضي أن يجبره على واحد منها كما لا يملك أن يطلق عليه .

وإذا قاربها في المدة لزمته الكفارة بشرط أن يكون عندها قاصداً لها ، فلو قاربها ناسياً أو مجنوناً فيها بطل حكم الأيلاء لتحقق الأصابة ولا تجب الكفارة لعدم الحنث [1] .

وينبغي هنا ملاحظة أن المرأة المولى منها بعد طلاقها يجب عليها أن تعتد عدة المطلقات عند جماهير الفقهاء لأنها مطلقة فتجب عليها العدة كسائر المطلقات وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجب عليها العدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأشهر الأربعة ثلاث حيض وهو مروى عن ابن عباس لأن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم وقد حصلت .

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد : أن العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

المعمول به في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب الحنفية وهو وقوع الطلاق بانتهاء

---

(١) شرائع الأسلام جـ ٢ .

المدة لكن الطلاق يقع رجعياً ، كما ذهب الجمهور لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الخامسة يقول : إن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى ، والطلاق الواقع بالأيلاء ليس منها فيتفق المعمول به في الإمرين مع مذهب الأوزاعي في أن الطلاق يقع بمضي المدة رجعياً .

أما المحاكم السنية في لبنان فتسير على مذهب الحنفية لسكوت القانون عنه

والمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفري وقد قدمناه .

الفصل الثالث

في الظهار [1]

وهذا نوع من تصرفات الأزواج مع زوجاتهم لا يعتبر طلاقا ولا فسخاً ولكنه يحرم قربان الزوجة تحريماً مؤقتاً إلى أن يوجد منه ما ينهيه بعد أن كان يوجب تحريم المرأة تحريما مؤبداً في الجاهلية وهذا التصرف هو الظهار .

الظهار لغة مصدر ظاهر مأخوذ من الظهر . وهو قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي[2]وفي اصطلاح الفقهاء:تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو بجزء منها لا يحل له النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ. كأن يقول لها : أنت عليّ كظهر أمي، أو كبطن أختي أو عمتي أو خالتي . يستوي في

---

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢١٩ وما بعدها ، فتح القدير جـ٣ ص ٢٢٤ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٤٣٩ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٤ وما بعدها ، كشاف القناع ج ٥ ص ٣٦٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩١ ، شرائع الأسلام ج ٢ ص ٧٤

(٢) قال الكمال بن الهمام في فتح القدير : وخص الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل للركوب . ولذلك سمي المركوب ظهراً فشبهت الزوجة بذلك . وقيل : إن الظهر مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن وعلاقته المجاورة ، وقيل : خص الظهر لأن هذا كان استعمالهم في الجاهلية .

ذلك أن تكون المشبهة بها محرمة عليه بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة . كأن يقول لها : أنت علي كظهر امرأة أبي أو زوجة ابني وغيرها وهذا عند الحنفية والأئمة الثلاثة .

والجعفرية قصروه على المحرمة بسبب النسب أو الرضاع . أما لو شبهها بمن حرمت عليه بالمصاهرة . كأم زوجته أو زوجة أبيه أو ابنه لم يقع به ظهار .

ألفاظه : تتنوع ألفاظ الظهار إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : مالا يحتمل إلا الظهار . نحو أنت علي كظهر أمي أو كبطن عمتي وما شاكل ذلك ، ويقع به الظهار سواء نوى به الظهار أو الطلاق أو الأيلاء أو ادعى أنه لم ينو به شيئاً .

والكناية : ما يحتمل الظهار وغيره كقوله : أنت علي كأمي . فانه يحتمل المماثلة في التحريم أو المماثلة في الكرامة ، فإذا نوى أيهما صدق فيما ادعاه منهما ، فإن قال : نويت الظهار كان ظهاراً ، وإن قال : أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه في الحرمة .

وإن لم ينو به شيئاً فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال إرادة الكرامة وقال محمد : يكون ظهارا لوجود التشبيه الذي هو أساس الظهار .

ومن الكناية : أنت علي حرام كأمي [1] . فإنه يحتمل الظهار والطلاق

---

(١) أما إذا قال لها « أنت علي حرام » فالحنفية يقررون عل أنه يسأل عن نيته، فان قال : أردت الكذب فهو كما قال ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهراً .

وإن قال : أردت الطلاق فهو تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث ، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار عند الشيخين ، وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ، ولهما أنه أطلق الحرمة ، في الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد .

نو هما أو أحدهما عومل بنيته ، وإن ادعى أنـــه لم ينو به شيئاً منهما كان إيلاء عند أبي يوسف لأنه أدنى الحرمتين ، وظهاراً عند محمد للتشبيه فيه .

وظاهر أن هذا الحكم لو صدر ممن يعرف الظهار والمراد منه أما لو صدر من العامي الذي لا يعرف معنى الظهار فيتعين أن مراده به الطلاق المؤكد فيصرف إلى الطلاق في حقه .

شروطه : يشترط لصحة الظهار ليترتب عليه حكمه عند الحنفية .

أولا : يشترط في الرجل . أن يكون زوجاً بالغاً عاقلا مسلما .[1] أي من أهل الكفارة فلا يصح ظهار من الصبي والمجنون والذمي .

ثانيا : يشترط في المرأة المظاهر منها : أن تكون زوجة في زواج صحيح نافذ قائم حقيقة أو حكما . فيصح الظهار من المعتدة من طـــلاق رجعي ، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن ولا من كان زواجها فاسدا أو صحيحاً موقوفاً ، لأن كلا منهما حرام عليه بالفعل فلا يكون للظهار منها معنى .

— وإن قال : أردت التحريم أو لم أنو شيئاً فهو يمين يصير به مولياً ، ومن فقهائهم من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف . راجع الهداية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ .

هذا هو مذهب الحنفية والمسألة فيها اختلاف من لدن الصحابة إلى ما بعد عصر الأئمة . وقد حكى ابن القيم من أقوالهم خمسة عشر قولا . ذكرهـــا الشوكاني في نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٢٤ وما بعدها ، ورجح منها القول بأنه لغو وباطل لا يترتب عليه شيء وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس، وبه يقول مسروق وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعطـــاء والشعبي وداود الظاهري وأكثر أصحاب الحديث وهو أحد قولي المالكية واختاره أصبغ بن الفرج ودليله قوله تعالى : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام » .

(١) لم يشترط الشافعية والحنابلة الأسلام فصححوه من الكافر الذمي ، ولكن المالكيـــة يوافقون الحنفية في هذا الشرط .

ثالثا : يشترط في المرأة المشبه بها : أن تكون محرمة عليه تحريماً مؤبداً [1] بالاتفاق . فلو كانت محرمة عليه مؤقتاً . كأخت زوجته أو عمتها . أو كانت محرمة عليه مؤبداً عند بعض الفقهاء دون الآخرين كأم المرأة التي زنى بها أو بنته من الزنى لم يكن التشبيه ظهاراً على الراجح عند الحنفية .

ويشترط الجعفرية في الرجل : البلوغ وكال العقل والاختيار والقصد . فلا ظهار لصغير أو مجنون أو مكره ولا فاقد القصد بالسكر أو الأغماء أو الغضب .

وفي اشتراط الأسلام خلاف عندهم شرطه بعضهم لعدم إمكان الكفارة . ولم يشترط أكثرهم لأمكان تقديم الأسلام ثم يكفر .

وشرطوا في المرأة : أن تكون زوجة بالعقد الدائم ، فلا يقع على أجنبية ولو علقه على النكاح، وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض ، فلو كان غائباً أو حاضراً وهي لا تحيض لعدم البلوغ أو كونها يائسة لا يشترط فيها ذلك ، وفي غير المدخول بها اختلاف عندهم ، كما شرطوا حضور شاهدين عدلين يسمعان نطق المظاهر ، وأن يكون الظهار منجزاً ، فلو كان معلقاً أو مضافاً لا يقع ، وهذه الشروط كما ترى هي شروطهم في الطلاق في الجملة .

حكم الظهار : كان العرب في جاهليتهم يظاهرون من نسائهم ويقصدون بذلك تحريم المرأة تحريماً مؤبداً ، وما كانت المرأة تخلص من زوجها لتباح لغيره ،

---

(١) المذاهب الأخرى تخالف في ذلك فالحنابلة، لا تشترط التأبيد فلو شبهها بمحرمة عليه مؤقتاً كان ظهاراً . كشاف القناع ج ٥ ص ٣٦٩ ، والشافعية يقيدوه بألا يكون تحريمها طارئاً على المشبه كأم زوجته وزوجة ابنه فإن كان لم يكن ظهاراً . شرح المنهاج ج ٢ ص ١٥ .

بل كانت تصير بهذا الظهار كالمعلقة لا هي بذات زوج تستمتع بالحياة الزوجية ولا هي مطلقة تبحث لها عن زوج آخر .

فكان الظهار لوناً من ألوان الأيذاء الذي يلحقه الرجل بالمرأة ، فلما جاء الأسلام لم يعرض له أول الأمر حتى ظاهر أوس بن الصامت بعد أن كبرت سنه وضاق خلقه – من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة بسبب مراجعتها له في بعض ما أمرها به ، ولما هدأت نفسه راودها عن نفسها فأبت عليه ذلك حتى يقضي الله ورسوله فيما وقع بينهما ، وذهبت إلى رسول الله ﷺ وأخبرته بما حدث من زوجها بعد أن كبرت سنه ووجود أولاد بينهما لا يستقر لهم قرار مع أحدهما، وكان رسول الله يقول لها : اتقي الله فإنه زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني إليه ، فأخذت تجادله وتشكو إلى الله حالها وما صارت إليه فنزل عليه الوحي بآيات من أول سورة المجادلة وهي قوله تعالى : « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » .

فلما نزلت هذه الآيات قال لها الرسول : مريه فليعتق رقبة . فقالت لا يجد ذلك يا رسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين، فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال : مريه ليطعم ستين مسكيناً ، فقلت ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه بعرق ، فقلت وأنا أعينه بعرق أيضاً ، فقال : قد أحسنت إذهبي فأطعمي ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك ». رواه أبو داود ورواه أحمد بمعناه : العرق : ستون صاعاً من التمر .

وبهذا أبطل الأسلام ظهار الجاهلية وألغى أثره من التحريم المؤبد ، فلم يجعله طلاقا واعتبره منكرا من القول لأنه عبث بالحياة الزوجية وظلم للمرأة ، وزوراً لأنه كذب . لهذا عاقبه على ذلك بحرمانه من الاستمتاع بها حتى يكفر عما ارتكبه من خطأ بعتق رقبة ، فإن لم يجد فبصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فباطعام ستين مسكينا .

وقد اختلف الفقهاء في سبب وجوب الكفارة التي عبر عنها القرآن بقوله : « ثم يعودون لما قالوا »

فالظاهرية يفسرونه بظاهره من أنه إعادة الظهار فلا كفارة عندهم إلا إذا أعاد الظهار . ولكنه مردود لأن حوادث الظهار التي حدثت في عهد الرسول لم يستفسر فيها الرسول عن كونه الظهار الأول أو الثاني بل كان يقضي بالكفارة بمجرد ثبوت الظهار .

وأحسن ما قيل فيه : إنه العزم على مقاربتها ورجوعه عن الظهار [1] . وبهذا يقول الحنفية والجعفرية وغيرهم وتكون اللام بمعنى من أوفى وذلك لأن مقتضى الظهار تحريم قربان المرأة ، فإذا عزم على قربانها يكون منه رجوعاً عما صدر منه من ظهار ، فإذا رفع هذا التحريم وجب عليه التكفير .

وعلى هذا يكون موجب الظهار تحريم قربان المرأة ولا يحل له قربانها [2].

---

(١) وفسره المالكية بهذا في أحد أقوالهم ، وفي قول آخر بأنه العزم على الوطء مع إرادة إمساك العصمة . الشرح الكبير ص ٤٤٦ ، وفسره الشافعية بأنه إمساكها بعد ظهاره زمن إمكانه فرقة ، لأن العود للقول مخالفته . يقال قال فلان قولا ثم عاد فيه أي خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم عاد في هبته ومقصود الظهار وصف المرأة بالتحريم وإمساكه يخالفه وهذا المذهب الجديد وفي القديم تأويلان العزم على الوطء . أو الوطء شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٥ .

(٢) واتفق الفقهاء على أنه يحرم منها المقاربة ، واختلفوا فيما دونه من المس والنظر بشهوة والتقبيل فحرمه البعض كمالك وأبي حنيفة ولم يحرمه البعض كالشافعي وأحمد . وسبب اختلافهم الاختلاف في تفسير التماس الوارد في الآية

إلا بعد التكفير بواحد من الأمور الثلاثة مرتبة ، فإذا واقعها قبل التفكير كان عاصيا يجب عليه الاستغفار وعدم قربانها مرة أخرى قبل أن يكفر لما روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر وأخبر الرسول بما فعل فقال له : ما حملك على ما صنعت قال : رأيت بياض ساقها في القمر ، فقال له الرسول « استغفر الله ولا تعد حتى تكفر » منتقى الأخبار .

وذهب الجعفرية إلى، أنه لو فعل ذلك لزمه كفارتان ، وإن كرر مقاربتها تكررت الكفارة ، ولا أدري لهم وجها في ذلك مع صراحة الحديث السابق .

فإن كفر الرجل حلت له زوجته ، وإن امتنع عن التكفير وصبرت المرأة فلا شأن لأحد به حيث إن المرأة لم تشك من ذلك ، وعليها أن تمنعه من نفسها حتى يكفر .

فإن رفعت أمرها إلى القاضي ألزمه بالتكفير أو الطلاق رفعاً للظلم الواقع على المرأة ، وله أن يحمله على ذلك بالحبس فإن أبى ضربه ، وإن ادعى أنه كفر صدق في دعواه ما لم يكن معروفاً بالكذب .

وذهب الجعفرية إلى أنه يخيره بين الأمرين ثم ينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، فإن انتهت المدة ولم يختر أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على الطلاق ولا يطلق عليه ثم قالوا : لو طلقها بعد الظهار رجعياً ثم راجعها لا يحل له مقاربتها حتى يكفر ، ولو خرجت من العدة ثم تزوجها وقاربها فلا كفارة عليه .

تتمة : لو كرر الظهار قبل التكفير وجب عليه كفارة واحدة سواء صدر منه الظهار المكرر في مجلس واحد أو في مجالس متعددة . نوى به التأكيد أو الاستئناف أو لم ينوبه شيئاً منها ، لأن ما بعد الأول قول لم يحدث تحريماً للزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى ، وإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر مرة ثانية وجبت عليه كفارة للظهار الثاني لأنه ظاهر بعد ما حلت له .

الباب الرابع

في العدة [1]

وفيه فصول

---

(١) من مراجع هذا البحث . سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص١٩٥ ، وما بعدها ، منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ، والموطأ بشرح الباجي ج ٤ ، فتح القــدير ج ٣ ، البدائع ج ٣ . البحر الرائق ج ٤ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ . المغنى لابن قدامة ج ٩ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٦ ، شرائع الأسلام ج٢ ص ٦٧ ، المختصر النافع، فقه الأمام جعفر ج ٦ .

الفصل الأول

في التعريف بها وأسبابها وحكمة مشروعيتها

العدة : بكسر العين وتشديد الدال في اللغة . الأحصاء يقال: عددت الشيء عدة . أي أحصيته إحصاء ، والجمع عدد ، ويطلق العدة ويراد بها المعدود ، ومنه قوله تعالى : « إن عدة الشهور عند الله إثنا عشر شهراً في كتاب الله منها أربعة حرم » التوبة - ٣٦ .

وفي الشرع : أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب تمتنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول .

ومعنى ذلك: أن المرأة التي فارقها زوجها يجب عليها أن تنتظر بدون زواج حتى تنقضي المدة المحددة شرعاً، فإن كانت المفارقة بالموت وجب عليها الانتظار مطلقا دخل بها أو لم يدخل ، وإن كانت المفارقة بالطلاق أو الفسخ وجب عليها الانتظار إذا كان ذلك بعد الدخول بها ، فإذا انقضت المدة حل لها التزوج .

أما الرجل فلا يجب عليه الانتظار بعد مفارقة زوجته ، فله التزوج بغيرها متى شاء ، وبأي امرأة شاء إلا إذا كانت المرأة التي يريد التزوج بها محرمة عليه

لمانع مؤقت بسبب زواجه السابق بمن طلقها. كمن طلق زوجته فلا يحل له التزوج بمن لا يحل له الجمع بينها وبين زوجته الأولى حتى تنقضي عدتها كأختها أو بنت أخيها أو بنت أختها أو عمتها أو خالتها لئلا يكون جامعاً بين محرمين .

وكمن كان متزوجاً بأربع نسوة فطلق إحداهن فلا يحل له التزوج بأي امرأة حتى تنقضي عدة من طلقها لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع .

وهذا الانتظار وإن وجد فيه معنى العدة إلا أنه لا يسمى عدة اصطلاحا[1].

وهذا في الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء لبقاء الزواج الأول حكما .

أما إذا كان الطلاق بائنا فالحكم كذلك عند الحنفية ، وخالف الجعفرية فأجازوا له التزوج في الصورتين أثناء العدة ، وقد تقدمت هذه المسألة وآراء الفقهاء فيها[2] .

والدليل على مشروعية العدة الكتاب والسنة والأجماع .

أما الكتاب فجملة آيات بينت أنواع العدد ومقدارها . وستأتي في بيان الأنواع .

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت : « أمر النبي ﷺ بريرة أن تعتد بثلاث حيض » ، ومنها ما رواه البخاري عن المِسْوَر بن مَخرمة أن سُبيعة الأسلمية نُفِست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت » ،

---

(١) وبالتأمل نجد أن معنى العدة وهي المنع من التزوج مطلقاً حتى تنتهي عدة المطلقة لا يوجد إلا في الصورة الثانية وهي الجمع بين الأربع ، أما الصورة الأولى ففيها منع من التزوج بامرأة معينة فقط حيث يباح له التزوج بغيرها أثناء عدة المطلقة .

(٢) في بحث الجمع بين محرمين ص ٢١٤ من هذا الكتاب .

ومنها قوله : ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يغشى رجلان امرأة في طهر واحد » ، وعلى هذا انعقد الأجماع في عصر أصحاب رسول الله واستمر في جميع العصور .

سبب وجوبها :

تجب العدة بواحد من الأمور الآتية :

١ – وفاة الزوج بعد زواج صحيح يستوي في ذلك ما إذا كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » البقرة – ٢٢٤ .

فإنه أوجب عليها أن تنتظر هذه المدة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها .

٢ – حدوث مفارقة بعد زواج صحيح بطلاق أو فسخ بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيقي فقط عند الجعفرية .

فإذا حصلت المفارقة قبل الدخول وما ألحق به من الخلوة فلا تجب عليها العدة لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » الأحزاب – ٤٩ .
فإنه صريح في عدم وجوب العدة على المطلقة قبل المسيس الشامل للدخول والخلوة . والفسخ يأخذ حكم الطلاق .

٣ – حدوث مفارقة ولو بالموت في نكاح فاسد [١] أو بعد وطء بشبهة بعد

---

(١) وأمثلة الزواج الفاسد كثيرة وهو ما فقد شرطا من شروط صحته كعدم الشهود . وتزوج الأخت في عدة أختها ، وتزوج المعتدة في أثناء عدتها ، وتزوج الخامسة في عدة الرابعة–

الدخول الحقيقي فقط عند الحنفية، لأن المقصود من وجوب العدة بعد المفارقة فيها معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل، وهذا لا يكون إلا بعد الدخول الحقيقي، ولذلك لو كانت المفارقة بالموت تجب العـــدة بالحيض أو الأشهر لا عدة الوفاة.

حكمة تشريع العدة:

يرى بعض الفقهاء كابن حزم الظاهري:[1] أن العدة من الأمور التعبدية التي لا يدرك العقل لها حكمة تشريـع، بينما يرى جمهور الفقهاء أن لتشريعها أكثر من حكمة، وتخلفها أو تخلف بعضها في بعض صورها لا يطعن فيها لأن شأن الحكمة عدم اضطرادها في كل الأفراد. ونحن نجملها لك فيما يلي:

١ - التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب، لأنها لا تكون غالباً إلا في فرقة بعد الدخول وهذا أمر توحى به الفطرة. لذلك كانت العدة معروفة عند العرب قبل الاسلام، فلما جاء الاسلام أقرها بعد أن خلصها مما كان بها مـــن أضرار تلحق المرأة

٢ - التنويه بعظم شأن الزواج واعلام الناس بأنه أمر له خطره يغاير سائر العقود لأنه عقد الحياة، فكما أنه لا ينعقد صحيحاً إلا بحضور شهود عند جماهير

— وأما الوطء بشبهة. فكمن وطء امرأة وجدها على فراشه ظانا أنها امرأته لاشتباهها بها، ومن تزوج امرأة غيره وهو لا يعلم أنها متزوجة فانها تحرم على الأول حتى تنقضي عدتها بعد أن يفرق بينها وبين من تزوج بها لتعود إلى الأول، وكمن عقد زواجه على امرأة ثم زفت إليه امرأة وقالت النساء له: إنها زوجتك فدخل بها بناء على ذلك ثم تبين أنها غيرها، ولقـــد حدثت هذه الواقعة في زمن أبي حنيفة أن رجلا زوج ابنيه بنتين فأدخل النساء زوجة كل أخ على أخيه. فأجاب العلماء بأن كل واحد يجتنب التي دخل بها وتعتد لتعود إلى زوجها، وأجاب أبو حنيفة: بأنه إذا رضي كل واحد بموطوءته يطلق كل واحد زوجته ويعقد على من دخل بهـــا ويدخل عليها في الحال لأنه صاحب العدة ففعلا ذلك ورجع العلماء إلى جوابه.

(١) راجع المحلى جـ ١٠ مسألة ٢٥٦ وما بعدها.

الفقهاء كذلك لا ينتهي بمجرد وجود الفرقة ، بل لا بد فيه من انتظار المرأة المدخول بها قبل الفراق مدة كافية ليتروى فيها كل من الزوجين ، أما الزوج فقد يوقع الطلاق في ثورة غضب أو تسرع من غير روية مما قد يوقعه في ندم على ما فعل فجعل الشارع أمامه فسحة من الوقت يراجع فيها نفسه ليختار أوفق الأمرين له . تدارك ما وقع بأرجاع الحياة الزوجية ، أو المضي بالطلاق إلى مصيره المحتوم

فإذا ما رجح عنده الندم أمكنه أن يرجعها إلى الزوجية بدون عقد ولا مهر أثناء فترة التربص إن كان الطلاق رجعيا ، أو بعقد ومهر جديدين أثناء العدة لا يزاحمه غيره في ذلك إن كان الطلاق بائنا .

أما الزوجة المكلفة بالانتظار فهي أحوج ما يكون إليه للتروي والتبصر في إنشاء زوجية أخرى لأن عصمتها بيد زوجها ، فإذا تسرعت عقب الطلاق وأنشأت زوجية وظهر خطؤها عجزت عن مفارقة زوجها بخلاف الرجل فإنه يستطيع التخلص من الزواج غير الملائم بما ملكه الشارع من حق الطلاق .

٣ ـ تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأثر لفقد زوجها بالمنع من التزين ، وهذا ضرب من الوفاء له ، إذ ليس من المروءة والاعتراف بالجميل تسرع المرأة بالزواج عقب وفاة زوجها ولو قبل قبل دخوله بها ، كما أن تعجلها بالزواج يسيء إلى أهل الزوج الذين ارتبطت بهم برابطة المصاهرة ، إذ كيف تنعم بحياة زوجية جديدة في الوقت الذي لا يزال أهل زوجها في حزن عليه .

الفصل الثاني

في أنواع العدة

تتنوع العدة إلى ثلاثة أنواع :

١ – عدة بالقروء .

٢ – عدة بالأشهر .

٣ – عدة بوضع الحمل .

وهذا التنوع باعتبار سبب الفرقة ، وما تكون عليه المرأة عند حصول الفرقة ، وصحة الزواج وفساده .

النوع الأول – العدة بالقروء

وتكون العدة بالقروء لمن فارقها زوجها بعد الدخول أو الخلوة بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ولم تكن حاملا .

وهذا إذا كانت الفرقة بعد زواج صحيح ، أما إذا كان فاسداً فإنها تعتد بالقروء بعد الدخول الحقيقي وإن كانت بعد الوفاة .

والدليل على ذلك قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »،

فقد أوجبت الآية على المطلقة التربص ثلاثة قروء ، والقروء جمع قرء ، وهـو يحتمل في الآية الحيض أو الطهر ، لأنه لغة مشترك بينهما — كما قالوا — ومن هنا اختلف فقهاء الصحابة ومن بعدهم في المراد منها، فمنهم من ذهب إلى أن المراد بها الحيض ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، ومنهم من ذهب إلى أن المراد بها الطهر ، وهو مذهب المالكية والشافعية والجعفرية .

وكل من الفريقين يؤيد دعواه بأدلة وقرائن من الآية ومن غيرها يرجع إليها في موضعها، ويكفينا هنا بيان مذهبي الحنفية والجعفرية .

أما الحنفية الذاهبون إلى أن المراد بالقروء الحيض فيقولون: لا بد من ثلاث حيضات كاملات بعد الفرقة ، فإن طلقت في طهر لا تنتهي عدتها إلا بعد انتهاء الحيضة الثالثة ، وإن طلقها في الحيض لا تحتسب تلك الحيضة بل تنتظر ثلاث حيضات بعد التي طلقها فيها ، وإن كان يأثم على هذا الطلاق ، لأنه منهى عـن الطلاق في الحيض لما يؤدي إليه من تطويل العدة .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ ونصها: « مدة العـــدة ثلاث حيضات كاملات للمرأة المنكوحة بعقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ والتفريق بعد الاجتماع ولم تكن حاملا أو بالغة سن اليأس » .

وفي المادة ١٤٢ « جعل العدة في النكاح الفاسد ثلاث حيضات بعد المقاربة أو الوفاة » أما الجعفرية الذاهبون إلى أن المراد بالقروء الأطهار فإنهم يقولون : إذا طلقها في الطهر احتسب ذلك الطهر من العدة وإن حاضت بعد لحظة من الطلاق ، وعليها انتظار طهرين كاملين آخرين ، فإذا بدأت الحيضة بعد ذلك انتهت عدتها .

وهذا في ذات الأقراء المستقيمة الحيض بأن يكون لها عادة مضبوطة وقتاً، وغير مستقيمة الحيض يرجع إلى التمييز ثم إلى عادة نسائها إن كانت مبتدأة ،

فإن لم يكن لها نساء ترجع إليهن تعتد بالأشهر كما سيأتي توضيحه .

والمرجع في انقضاء العدة بالحيض هو قول المرأة بشرط أن تكون الفترة التي مضت تحتمل ثلاث حيضات وهي ستون يوماً عند أبي حنيفة وعليه الفتوى .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ ينص على أنها لا تصدق قبل مضي ثلاثة أشهر .

النوع الثاني – العدة بالأشهر

وتكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة وكانت لا تحيض لصغرها وإن بلغت بالسن ولم تر الحيض ولم تكن حاملا أو لبلوغها سن اليأس [١] .

كما تكون لمن توفي عنها زوجها بعد العقد الصحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملا صغيرة كانت أو كبيرة تحيض أو لا تحيض .

غير أن هذه العدة صنفان . الأول ثلاثة أشهر وهي بدل عن الحيض ، والثاني أربعة أشهر وعشرة أيام وهي أصل وليست بدلا عن غيرها .

والدليل على الأول قوله تعالى : « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن » الطلاق – ٤ . فهذه الآية جعلت العدة ثلاثة أشهر لنوعين من النساء . من بلغت سن اليأس ، ومن لم تحض لصغرها .

---

(١) اختلف في سن اليأس . فقيل إنه غير مقدر لاختلافه باختلاف النساء فيفوض إلى المرأة ، وقيل إنه مقدر واختلفوا في تقديره على أقوال أشهرها أنه خمس وخمسون سنة وبه أخذ الحنفية وعند الجعفرية خمسون سنة وقيل هذا في غير القرشية أما هي فسن يأسها ستون سنة.

وإنما جعلت ثلاثة أشهر لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات حيث جعلت بدلا عنها بدليل أنها لو حاضت انتقلت عدتها إلى الحيض وألغي اعتبار الأشهر ، ولأن الغالب في المرأة أنها تحيض كل شهر مرة فاعتبرت مدة الثلاث حيضات .

هذا هو مذهب الحنفية في المفارقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح ، وبعد الدخول أو الوفاة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ، وعليه سار قانون حقوق العائلة في المادة ١٤١ ونصها: « مدة عدة المرأة المنكوحة بعقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ بعد الاجتماع وكانت بلغت سن اليأس هي ثلاثة أشهر »، وفي المادة ١٤٢ ونصها: « أحكام المواد السابقة جارية أيضا في المرأة المقاربة بنكاح فاسد أو المتوفى عنها زوجها ».

ويلاحظ هنا أن القانون اقتصر في المادة على من بلغت سن اليأس ولم يعرض لعدة الصغيرة فيها ، لأنه منع زواج الصغيرة التي لم تبلغ المحيض ـ م ١٤١ [1] ، واعتبر زواجها فاسداً في المادة ـ ٥٢ ، [2] فتكون داخلة في المادة ـ ١٤٢ ـ ولا تجب عليها العدة إلا في المفارقة بعد الدخول الحقيقي .

وذهب الجعفرية إلى أن التي تعتد بالأشهر الثلاثة من بلغت سن المحيض وهو تسع سنوات ، لكنها لا يحصل لها الحيض إما بالخلقة أو بعارض من مرض أو رضاع ولم تكن حاملا إذا حصلت الفرقة بعد الدخول لسبب غير وفاة الزوج [3] .

---

(١) ونصها : « لا يجوز لأحد أصلا أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم التاسعة من العمر .

(٢) ونصها : « إذا كان أحد الطرفين غير حائز شروط الأهلية حين العقد فالنكاح فاسد .

(٣) فقه الإمام جعفر جـ ٦ ص ٣٣ .

أما التي لا تحيض لصغرها بأن لم تبلغ تسع سنوات أو لبلوغها سن اليأس، فلا عدة عليها [1] إلا عدة الوفاة عند وفاة زوجها .

قالوا : إن أول الآية خاص بالمسترابة وهي الكبيرة التي انقطع حيضها بغير سبب تعرفه بدليل قوله : « إن ارتبتم » ، وآخرها في الصغيرة التي بلغت سن الحيض ولكنها لم تحض خلقة أو انقطع حيضها بسبب معروف من رضاع أو مرض أو غيرهما .

وجمهور أهل السنة يقولون : إن الآية أوجبت الاعتداد بالأشهر الثلاثة على من لم تحض سواء بلغت بالسن أو لم تبلغ بآخرها « واللائي لم يحضن » وهو مطلق يبقى على إطلاقه ولا دليل يقيد هذا الأطلاق بمن بلغت بالسن ، وعلى من بلغت سن اليأس « واللائي يئسن من المحيض » وهذه ترتاب في أمر حيضها ، لأن طور اليأس عند المرأة يبدأ عادة باضطراب عادتها في المحيض بالطول والقصر ، والقرب والبعد ، واختلاف لون الدم ، وفي هذه الحالة يعتريها الشك في دمها هل هو دم حيض أو استحاضة ، ثم يأتي بعد ذلك دور الانقطاع التام ، ولا أدل على ذلك من الاختلاف بين الفقهاء في تقديره ، فإذا دخلت المرأة دور الارتياب تكون عدتها ثلاثة أشهر ، ويستمر كذلك في الدور الثاني حيث لا حيض من باب أولى ، ففائدة القيد لتدخل المرتابة ، ومعنى « إن ارتبتم » إن حصل لكم ريبة في دم المرأة البالغة مبلغ اليأس أهو حيض أو استحاضة .

ومع اختلاف المذهبين في من تعتد بالأشهر الثلاثة اتفقا على أنها تكون كاملة وتعتبر بالأهلة إذا ابتدأت العدة في أول الشهر وإن نقص بعضها عن ثلاثين يوماً ،

---

(١) هذا هو المشهور عندهم فيمن بلغت سن اليأس ، وفي قول : إنه يجب عليها العدة لعموم الآية « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم » .

أما إذا ابتدأت في أثناء الشهر احتسبت بالأيام عند أبي حنيفة فتكون تسعين يوماً .

وعند الصاحبين والجعفرية يكمل عدة الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الرابع ، ويحتسب الشهران المتوسطان بينهما بالأهلة .

الصنف الثاني وهو الاعتداد بالأشهر التي هي أصل : يكون لمن توفي عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملا يستوي في ذلك ذوات الحيض وغيرها ، وهذه تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذه متفق عليها بين الفقهاء لم يخالف فيها أحد . صغيرة كانت أو كبيرة بالغاً كان زوجها أو لا . لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » والحكمة في هذا التقدير : أن هذه المدة هي التي يتبين فيها كون المرأة حاملا أو غير حامل ، لأن الجنين يمر بعدة أطوار . أربعون يوماً نطفة ، وأربعون علقة ، وأربعون مضغة ، ثم تنفخ فيه الروح ، ولأن هذه المدة – كما قالوا – هي أقصى ما تتحمله الزوجة عادة في البعد عن زوجها .

والأشهر هنا كاملة بالأهلة إذا ابتدأت العدة من أول شهر ، وتنتهي في نهاية اليوم العاشر بعد الأربعة ، وإذا ابتدأت في أثناء الشهر يجري فيها الخلاف السابق . فعند أبي حنيفة تكون مائة وثلاثين يوماً ، وعند الصاحبين والجعفرية يكمل الشهر الأول من الخامس وما بينهما بالأهلة .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٤٣ ينص على أنه : « يلزم على المرأة المتوفى عنها زوجها والمنكوحة بنكاح صحيح ما عدا الحامل أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام سواء حصل الاجتماع أم لا » .

ويلاحظ هنا أن النكاح الفاسد والوطء بشبهة ليس فيها اعتداد بأربعة أشهر

وعشرة أيام حالة الوفاة ، لأن عدة الوفاة ملاحظ فيها إظهار الأسف على نعمة الزواج وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح .

النوع الثالث – العدة بوضع الحمل

يرى الحنفية : أن المرأة الحامل إذا انتهى زواجها بطلاق أو فسخ أو وفاة زوجها تعتد بوضع الحمل دون تقيد بزمن . سواء كان الحمل من زواج صحيح أو فاسد أو مقاربة بشبهة لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» الطلاق – ٤ ، وهي عامة في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن وإن كان سياقها في المطلقات ، لأنها نزلت بعد آية البقرة وهي قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » فتكون ناسخة لعمومها أو مخصصة لها

ويؤيد ذلك ما أخرجه عبدالله بن أحمد في رواية المسند عن أبي ابن كعب قال : « قلت يا رسول الله . وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » هي المطلقة ثلاثا أم المتوفى عنها ؟ قال : « هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها » .

وروي عن ابن مسعود أنه قال : « نسخت سورة النساء القصرى كل عدة » « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها .

و كذلك روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال : نزلت سورة النساء القصرى بعد التي في البقرة بسبع سنين ، وروى البخاري عن المسور بن مخرمة أن سُبيعة الأسلمية نُفِست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت » ، وفي لفظ أنها وضعت بعد وفاة زوجها

بأربعين ليلة [1] .

وعلى هذا لو وضعت حملها بعد وفاة زوجها بفترة وجيزة انتهت عدتها وحلت للأزواج ، وليس عليها عدة وفاة بالأشهر ، ومن هنا قال عمر رضي الله عنه : « لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج » .

ولكنهم شرطوا في الحمل الذي تنتهي العدة بولادته أو باسقاطه أن يكون مستبين الخلقة كلها أو بعضها سواء ولد حياً أو ميتاً ، فإذا لم يكن مستبين الخلقة بأن كان علقة أو مضغة غير مخلقة فلا تنتهي العدة بوضعه لأنه إذا لم يستبن خلقه لا يعلم كونه ولداً بل يحتمل أن يكون وأن لا يكون فيقع الشك ، والعدة لا تنتهي إلا مع اليقين .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٤٤ ونصها : « يلزم على المرأة المنكوحة بعقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ أو توفي عنها زوجها وهي حامل أن تعتد لحين وضع حملها ، وإذا أسقطت فإن كان مستبين الخلقة فهو كالحمل ، وإلا فلا تنقضي عدتها به ، بل تجري المعاملة وفقاً للأحكام المحررة في المواد السابقة ، وحكم هذه الفقرات جار أيضاً بحق المرأة المنكوحة بعقد فاسد إذا فرق بينهما أو توفي عنها زوجها وهي حامل » .

ويرى الجعفرية : أن الحامل لغير الوفاة تعتد بوضع الحمل ، فلو وضعت الطلاق أو الفسخ بلحظة انتهت عدتها ، وكذلك لو أسقطته بشرط بكونه آدمياً ولو كان علقة [2] .

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام جـ٢ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) يقول العاملي في اللمعة : « وعدة الحامل وضع الحمل كيف وقع إذا علم أنه آدمي وإن كان علقة ووضعته بعد الطلاق بلحظة ولو أسقطته في غير الوفاة .

أما الحامل المتوفى عنها زوجها فإنها تعتـد بأبعـد الأجلين « وضع الحمل وأربعة أشهر وعشرا »، فإن وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام كانت عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام مـن حين الوفاة ، وإن انتهت هذه المدة والحمل لم يوضع كانت عدتها وضع الحمل ، وهو المروى عن علي وإبن عباس ، لأنه تعارض فيها آية البقرة مع آية الطلاق وكل منهما عامة ، ولم يثبت عندهما تأخر إحداهما على الأخرى فعملا بعمومها ، ولعل الأحاديث السابقة لم تبلغهما .

الفصل الثالث

في تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

في بعض الحالات تجب العدة على المرأة بنوع معين ، وتبتديء عدتها ثم يطرأ ما يوجب عليها الاعتداد بنوع آخر ، فقد تجب عليها العدة بالأشهر فتتحول إلى الاعتداد بالقروء ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بالأشهر ، وقد تجب عليها العدة بالقروء أو بثلاثة أشهر فتتحول إلى عدة وفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بأبعد الأجلين أجل القروء وأربعة أشهر وعشرة أيام . وإليك البيان :

١ إذا وجبت العدة بالأشهر لغير وفاة بأن كانت صغيرة أو بلغت سن اليأس ثم جاءها الحيض قبل انقضاء الأشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية [1] ، لأن الاعتداد بالأشهر وجب عليها

---

(١) هذا هو الراجح في مذهب الحنفية في تحول اعتداد من بلغت سن اليأس إلى الحيض ، وهذا مبني على أن الأياس ليس له وقت معين ، بل يرجع إلى غلبة ظن المرأة ، فأن غلب على ظنها أنها بلغت سن الأياس ثم رأت الدم تبين خطؤها في هذا الظن فتعتد بالقروء ، وفي رواية أخرى أن هذه المرأة لا تنتقل عدتها إلى القروء بل تكمل عدتها بالأشهر ، وهي مبنية على أن الأياس له سن معينة وهي خمس وخمسون سنة ، فإذا بلغت هذه السن تعتد بالأشهر ، وما تراه بعده من الدم لا يكون دم حيض .

أولا لأنها ليست من ذوات الحيض ، فكانت الأشهر الثلاثة بدلا عن الحيضات ، وحيث وجد الأصل قبل أن يتم المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل ، وكانت داخلة تحت قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » الذي هو الأصل في العدة .

أما إذا جاءها الحيض بعد تمام الأشهر الثلاثة فلا يجب عليها الاعتداد بالحيض ، لأن العدة تمت وحصل المقصود بالبدل قبل وجود الأصل ، فلا يبطل حكمه كمن تيمم لعدم وجدان الماء وصلى ثم وجد الماء بعد انتهاء الوقت المحدد للصلاة فلا يجب عليه الوضوء وإعادة تلك الصلاة .

لكن يلاحظ هنا أن هذه المرأة أصبحت من ذوات الحيض ، فلو وجبت عليها عدة بعد ذلك بأي سبب اعتدت بالحيض لا بالأشهر .

وعند الجعفرية : من وجبت عليها العدة بالأشهر بأن كانت في سن تحيض فيه لكنها لا يحصل لها الحيض بالمعتاد ، أو انقطع عنها الحيض لعارض من مرض أو رضاع مثلا ثم جاءها الحيض تحولت عدتها إلى القروء وهي ثلاثة أطهار[1] كما سبق بيانه .

٢ – من كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها به وحاضت مرة أو مرتين ثم بلغت سن اليأس تحولت عدتها إلى الأشهر عند الحنفية ، فتستأنف عدة جديدة بثلاثة أشهر كاملة ، لأن العدة إما بالقروء وهي ثلاثة ، وإما بالأشهر وهي ثلاثة ، ولكل منهما صنف . وحيث إنها لم تكمل العدة بالحيض وصارت آيسة فتعتد عدة الآيسة .

والجعفرية يذهبون إلى أنها تكمل عدتها بالأشهر ، فتحتسب الحيضة بشهر فلو رأت الحيض مرة ثم بلغت سن اليأس أكملت العدة بشهرين .

---

(١) كما يقول الحلي في شرائع الأسلام ج ٢ ص ٦٢ ،

٣ — من طلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم مات وهي في العدة تحولت عدتها من عدة طلاق سواء كانت بالحيض أو بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام تبدؤها من وقت الوفاة . يستوي في ذلك أن يكون زوجها طلقها في صحته أو مرضه الأخير ، لأن المطلقة رجعياً زوجيتها باقية من كل وجه ما دامت العدة ، ولذلك ترثه ، وعلى الزوجة غير الحامل التي توفى زوجها الاعتداد بهذه العدة لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وهذه لا خلاف فيها بين الفقهاء .

٤ — من طلقها زوجها طلاقاً بائناً ومات في عدتها فإنها تكمل العدة التي بدأتها سواء كانت بالأشهر أو بالحيض ، ولا يجب عليها استئناف عدة للوفاة ، لأن الطلاق البائن يزيل الملك فزوجيتها غير قائمة ولذلك لا ترثه . هذا إذا لم يكن الطلاق فراراً من إرثها إياه بالاتفاق .

فإن تبين أنه قصد بالطلاق الفرار من ميراثها بأن طلقها الثالثة في مرض موته بغير [1] رضاها ثم مات وهي في العدة فإنها ترثه باتفاق الحنفية والجعفرية ولكن الخلاف بينهم في تحول عدتها .

فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن عدتها تتحول إلى أبعد الأجلين وهما عدة الوفاة وعدة الطلاق فأيتهما أطول فهي عدتها ، فإن كانت عدة الطلاق بالأشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة، وإن كانت بالحيض وحاضت ثلاث حيضات قبل أن تمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة فعدتها تمام هذه المدة ، وإن مضت المدة قبل أن تتم ثلاث حيضات لا تنتهي عدتها إلا بإكمال الحيضات الثلاث . وهذا الرأي هو المفتى به في المذهب وعليه العمل بمصر .

(١) على ما هو المعمول به في مصر .

وإنما وجب عليها أطول العدتين لأنها باعتبار أنها مطلقة بائناً ليست بزوجة وقت الوفاة فلا تجب عليها عدة الوفاة ، بل تجب عليها عدة الطلاق ، وباعتبار أنها ورثت من مطلقها والميراث لا يكون إلا للزوجة اعتبر الزواج قائماً حكماً وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة ، فمراعاة للاعتبارين وجب عليها عدة الطلاق والوفاة ، وتتداخل العدتان لأن أقلها داخل في أطولها .

وذهب أبو يوسف والجعفرية إلى أنها تعتد عدة الطلاق فقط ، لأن الزواج قد انقطع بالطلاق البائن فلم تكن زوجة حين الوفاة ، واعتبار الزوجية قائمة وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام ألدليل على ثبوته على خلاف القواعد ، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصودة فيقتصر على موضعه دون أن يتعدى إلى العدة .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة فالمادة ١٤٧ تنص على أنه : « إذا توفى زوج المعتدة بالطلاق الرجعي تسقط عدة الطلاق ويلزم الاعتداد بعدة الوفاة من جديد ، ولا تلزم في الطلاق البائن بل تكمل عدة الطلاق » فيكون المعمول به في لبنان لا تحول في العدة للطلاق البائن .

ومما يلحق بصور تحول العدة صورتان معروفتان عند الفقهاء بممتدة الحيض وممتدة الطهر ، فالأولى : من وجبت عليها العدة بالقروء لأنها من ذوات الحيض إذا استمر نزول الدم عليها دون انقطاع وأصبحت بحالة لا تستطيع تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة ونسيتها وتسمى أيضاً (بالمتحيرة) . فهذه المرأة لو كانت منتظمة الحيض لاعتدت بثلاث حيضات ، ولكن استمرار نزول الدم عليها وجهلها بعادتها تحيرت لا تدري أي أيامها تكون حيضاً وأيها تكون بمثابة الطهر فحيرت الفقهاء معها .

وللحنفية فيها رأيان :

أولهما : أنها تعتد بسبعة أشهر من وقت حصول الفرقة بينها وبين زوجها باحتساب شهر لثلاث حيضات باعتبار أن أقصى مـدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ستة أشهر لثلاثة أطهار لكل طهر شهران أي أربعة أمثال أقل مدة للطهر وهي خمسة عشر يوماً للاحتياط ، وليس على هذا دليل مقبول رغم أنه المفتى به في المذهب .

وثانيهما : أنها تعتد بثلاثة أشهر بناء على أن الغـالب والكثير في النساء وقوع الحيض مرة كل شهر . وهذا الرأي أقرب إلى القبول من سابقه .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا نسيت عادتها وكان لأقربائها أو أقرانها عادة في ذلك معروفة اعتدت بمثلها ، فإن كانت غير معروفة أو مختلفة تحولت عدتها إلى ثلاثة أشهر .

والثانية : وهي ممتدة الطهر ، ويسميها الجعفرية بالمسترابة وهي المرأة التي رأت الحيض ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام وهي أقل مدة الحيض ، ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك ، فإذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو فسخ فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيضات ، لأنها لما حاضت صارت مـن ذوات الحيض فلا تعتد بغيره لاحتمال أن يعاودها مرة أخرى ، فإن جاءها الحيض اعتدت به وإلا انتظرت حتى تبلغ سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر .

هذا هو مذهب الحنفية الذي كانت المحاكم المصرية تسير عليه ، وهو كما ترى يفتح الباب أمام المرأة المطلقة ويمد لها من الزمن ما تشاء تطلب فيه النفقة لعدتها من طلقها ما لم تقر بانقضائها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها ، وفي وقائع كثيرة تعمدت المطلقة إنكار الحيض تطويلا للعدة لتأخذ نفقة بدون وجه حق الأمر الذي جعل المشرع يبحث عن حل لتلك المشكلة ، فجاء العلاج في أول تقنين في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث عالجت مادته الثالثة ذلك بالعدول عن

مذهب الحنفية والأخذ بمذهب المالكية (١) وعند التطبيق ظهر أن هذا الحل لم يعالج المشكلة من أساسها، وكل ما فعله أنه خفف المدة فقط لأن المرأة تستطيع في ظل هذا المذهب أن تدعي عدم انقضاء عدتها وتأخذ نفقة مدة ثلاث سنوات إن لم تكن مرضعا أو خمس سنوات إذا كانت مرضعا .

فكان لا بد من إعادة النظر من جديد فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر في المادة ١٧ على أنه : « لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » ، وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوماً ، وبينت المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن هذا مبني على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي أن أقصى مدة للحمل سنة ، وعلى أن لولي الأمر أن يمنع القضاة عن سماع الدعاوي التي شاع فيها التزوير والاحتيال .

---

(١) وهو ينص على أن المرأة إذا انقطع حيضها بأي سبب من مرض أو غيره فانها تنتظر تسعة أشهر من الطلاق لتتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل لأنها مدة الحمل غالبا ، فإذا انقضت هذه الأشهر ولم يظهر بها حمل اعتدت بثلاثة أشهر كالآيسة من الحيض ، فان مضت هذه المدة دون أن ترى الحيض فيها انقضت عدتها وحلت للأزواج ، فاذا جاءها الحيض في أثناء تلك السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء لا حيض فيها ، فان تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء فتكون العدة ثلاث سنوات وهي أطول عدة .

وإن انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنقضي بمضي سنة بيضاء بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان ، فإن جاءها الحيض في هذه السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء ، فإن تمت ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخرها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء ، فإن حاضت الثالثة أو مضت السنة البيضاء انتهت عدتها » الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٧٠ .

وفي الموطأ بشرح الباجي ج ٤ ص ١٠٨ إن دليلهم على ذلك ما أثر عن عمر أنه أفتى في المرأة تكون من ذوات الأقراء وتطلق فيرتفع حيضها : بأن تتربص تسعة أشهر فان ظهر بها حمل وإلا اعتدت بثلاثة أشهر بعد التسعة » ولأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم من الحمل وهذه المدة كافية في ذلك فيكتفى بها .

وهذا القانون عالج موضوع نفقة العدة فقط لأنــه موضع الشكوى ، ولم يعرض لانتهاء العدة أو بقائها ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حله ، لأنهــا أمور موكولة لدين المرأة وهي خاصة بها لا ضرر فيهــا على المطلق ، فعندما تعترف بانقضاء عدتها تحل للأزواج وهي مصدقة في ذلك إن كانت المدة تحتمل ثلاث حيضات ، وأقل مدة تصدق فيها على ما هو المفتى به في مذهب الحنفية ستون يوماً وقد سبق توجيهه .

وقانون حقوق العائلة : يصرح بأن هذه المرأة التي امتد طهرها إن كانت بلغت سن اليأس اعتدت بثلاثة أشهر من تاريخ بلوغها تلك السن ، وإن لم تكن تكن بلغتها اعتدت بتسعة أشهر اعتبارا من وقت لزوم العدة أي وقت الطلاق أو الفسخ . جاء ذلك في المادة ١٤٠ ونصها :

« إذا لم تر المعتدة الحيض أصلا خلال المدة المذكورة (يقصد الثلاثة الأشهر المذكورة في المادة قبلها) أو رأت حيضة أو حيضتين ثم انقطع الحيض فإن كانت بلغت سن اليأس تعتد بثلاثة أشهر من تاريخ حصولها ، وإن لم تكن بلغت فتعتد بتسعة أشهر اعتبارا من زمن لزوم العدة » .

ولعل وجهة نظر واضعيه أن هذه المرأة لما انقطع حيضها وجد احتمال أنها حامل فتنتظر مدة الحمل الغالبة وهي تسعة أشهر ، ولو كانت حاملا لوضعته فيها ، وبمضيها نعلم براءة الرحم .

أما الجعفرية : فإن المرأة التي لم يستقم حيضها تعتد بثلاثة أشهر كما سبق ، فإن رأت الدم في هذه الأشهر الثلاثة مرة أو مرتين ثم احتبس لأي سبب إلى أن انقضت الأشهر الثلاثة انتظرت تمام الأقراء لأنها قد استرابت بالحمــل غالباً فتنتظر مدة الحمل وهي تسعة أشهر من حين الفرقة ، فإن تمت أقراؤها الثلاثــة فيها أو وضعت حملا انتهت عدتها ، وإن لم يوجد أحــد الأمرين اعتدت بعــد

التسعة بثلاثة أشهر إن لم تتم الأقراء قبلها ، فتكون عدة هذه المرأة سنة كاملة قالوا: وهذه أطول عدة [1].

ولا شك أن هذا أيسر مما ذهب إليه الحنفية من أنها تنتظر إلى أن تبلغ سن اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر . ويؤيده فتوى عمر التي استند إليها المالكية .

---

(١) يقول العاملي في اللمعة ج٦ ص ٥٩ بعد تفصيل هذا القول : والضابط أن المعتدة في غير الوفاة إن مضى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها بها ، وإن مضى عليها ثلاثة أشهر لم تر فيها حيضا انقضت عدتها بها ، وإن رأت الدم قبل انقضائها ولو بلحظة فحكمها ما سبق من انتظار أقرب الأمرين من تمام الأقراء ووضع الولد ، فان انتفيا اعتدت بعد تسعة أشهر بثلاثة أشهر إلا أن يتم لها ثلاثة أقراء في الثلاثة الأشهر الأخيرة بأن رأت الدم في الثلاثة الأولى المتصلة بالطلاق ثم تمت في الثلاثة الأخيرة ا.هـ.

هذا هو أشهر الرأيين عند الجعفرية على اعتبار أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، وفي رأي آخر أقصاها سنة ، وعلى هذا الرأي الأخير تنتظر تمام السنة فإن لم تتم فيها الأقراء أو لم تضع حملا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر أخرى . يقول الشيخ محمد جواد مغنية في كتاب فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣ ٣ بعد حكاية القولين السابقين إن الأول محمول على الغالب وأن أقصاه سنة هو الذي قام عليه الدليل وهو قول الأمام ،

انظر هذا ما جاء في نفس الكتاب ج ٦ ص ٣٢ قال صاحب الحدائق: والأصل في هذا الحكم (رأي المسترابة بالحمل) ، ما رواه الشيخ في التهذيب إن الأمام الصادق سئل عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع طلاق السنة وهي ممن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلا حيضة واحدة ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى ولم تدر ما رفع حيضها ، قال : إذا كانت شابة مستقيمة الطمث ولم تطمث في ثلاثة أشهر إلا حيضة فإنها تتربص تسعة أشهر من يوم طلاقها ثم تعتد بعدها بثلاثة أشهر . اهـ

الفصل الرابع

في مبدأ العدة وانتهائها

أما مبدأ العدة فيختلف باختلاف عقد الزواج السابق عليها ، فإن كانت الفرقة بعد نكاح صحيح بموت الزوج ولو قبل الدخول أو بطلاق أو فسخ بعد الدخول فابتداء العدة بمجرد وقوع الفرقة وإن لم تعلم بها المرأة، فإذا وجد سبب الفرقة ولم تعلم به المرأة إلا بعد مدة احتسبت العدة من وقت حصول سببها لا من وقت علم المرأة بها ، بل قد تنتهي العدة دون أن تعلم . وذلك لأن العدة مدة حددها الشارع بعد حصول سببها فتوجد دون توقف على العلم بها .

فلو ادعت المرأة على زوجها بأنه طلقها في وقت سابق عينته ، فإما أن يصدقها الزوج في دعواها أو ينكر ، فإن أنكرها وأقامت الزوجة البينة على دعواها وحكم لها القاضي بصحة دعواها احتسبت العدة من الوقت الذي أثبتته البينة لا من وقت الحكم ، وإن لم تقم بينة رفضت دعواها .

وإن صدقها في دعواها وأقر بما ادعته أو أقر هو به ابتداء بدون دعوى منها

فإن العدة تحتسب من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الأقرار إذا لم يكن في إقراره أو تصديقه لها تهمة .

فإن كان في أحدهما تهمة احتسبت العدة من وقت الأقرار نفياً للتهمة .

ومن أمثلة ما فيه تهمة : أن يكون الزوج مريضاً مرض الموت،لأنه في هذه الحالة يحتمل أن يكون قد اتفق معها على ذلك لتصير أجنبية بانتهاء عدتها قبل وفاته ليصل إلى غرض لا يمكنه الوصول إليه مع قيام الزوجية كأقراره لها بدين حال مرضه مثلا .

ومنها أن يكون تصديقه لها في دعواها وهو صحيح ليستطيع التزوج بمحرم لها لا يمكنه الجمع بينها في العدة .

أما إذا كانت الفرقة بعد الزواج الفاسد فإن العدة تبدأ من وقت متاركته لها بأظهار عزمه على ترك قربانها أو وقت تفريق القاضي بينهما أو وقت موته مباشرة .

وعدة الوطء بشبهة تبدأ من آخر مقاربة لها عند زوال الشبهة بعلمه أنها غير زوجته وأنها لا تحلّ له ، لأن سبب العدة هنا هو الوقاع بشبهة أنها زوجته حيث لا عقد هنا .

هذا هو مذهب الحنفية وهو المعمول به في مصر .

أما قانون حقوق العائلة فينص في المادة ١٤٥ على أن: « مبدأ العدة في المواد السابقة من وقوع الطلاق أو الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تطلع الزوجة على ذلك » .

أما الجعفرية : فتبدأ العدة عندهم بعد الطلاق أو الفسخ مباشرة في النكاح

الصحيح ، وكذلك بعد موت الزوج الحاضر مباشرة ولو لم تعلم المرأة بموته إلا بعد حين ، ويتصور ذلك بأن يموت الزوج في حادثة وتمضي أيام دون علمها بموته .

غير أنه لو علمت بطلاق الغائب ولم تعلم وقت إيقاعه اعتدت عند بلوغها خبر الطلاق .

وأما في حالة وفاة الزوج الغائب فتبدأ العدة من وقت بلوغ خبر الوفاة إليها لا من وقت الوفاة [1] ولو أخبرها غير العدل لكنها لا تنكح غيره إلا مع الثبوت للموت شرعاً عند الحاكم أو بشهادة عدلين .

وتعتد بعد الوطء بشبهة (وهو الوطء الذي يعذر فيه صاحبه ولا يجب عليه الحد به) من حين الوطء الأخير يستوي في ذلك المسبوق بعقد وغير المسبوق به ، لأن الشبهة عندهم على قسمين . شبهة العقد مع الوطء ، وشبهة الوطء من غير عقد ، ومعنى الأولى أن يجري عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد [2] .

---

(١) قالوا في الفرق بين طلاق الغائب وموته . بأن عدة الأول من وقت الوقوع ، والثاني من وقت العلم : إنه في عدة الوفاة يلزمها الحداد ولا يتم إلا بعد بلوغها الخبر بموته « الروضة البهية شرح اللمعة ج ٦ ص ٦٣ » .

وفي هذا الفرق نظر : لأن الحداد لازم للمتوفى عنها زوجها مطلقا يستوي في ذلك موت الحاضر والغائب وقد قلتم في موت الحاضر تبتديء العدة من وقت الموت وإن تأخر علمها وكان مقتضى ذلك التسوية في الحكم بين موت الحاضر والغائب .

(٢) جاء في كتاب فقه الأمام جعفر الصادق جـ ٥ ص ٣٠٣ : إن الشبهة على قسمين . شبهة العقد مع الوطء . وشبهة الوطء من غير عقد ومعنى الأول ، أنه يجري عقد زواجه على امرأة ثم=

ولو أقر الزوج بطلاقها في زمن مضى فإن أقام بينة كانت العدة من الوقت الذي عينه ، وإن لم يقم بينـة قُبِل إقراره في حق نفسه ، وأما في حقها فيثبت من وقت الأقرار ، فتبتدىء عدتها من وقت الأقرار بشرط أن يكون الوقت الذي أضاف إليه الطلاق يملك فيه الطلاق .

انتهاء العدة :

تنتهي العدة إذا كانت بالأشهر بغروب شمس آخر يوم منها .

وإذا كانت بالقروء فعند من يفسرها بالحيض تنتهى بانقطاع دم الحيضة الثالثة إن انقطع لأكثر مدة الحيض وهي عشرة أيام ، فإن انقطع قبل عشرة أيام فلا تنتهي العدة إلا إذا طهرت من الحيض إمـا بالاغتسال أو التيمم سواء صلت أو صارت الصلاة ديناً في ذمتها .

وإذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيضات لا تصدق إلا إذا كانت المدة تحتمل ذلك ، وأقلها عند أبي حنيفة ستون يوماً ، وعند الصاحبين تسعة وثلاثون يوماً كما قدمناه [1] .

وأما من يفسر القروء بالأطهار ومنهـم الجعفرية الذين يعتبرون الطهر الذي وقع فيه الطلاق أحدها فإنها تنتهي عندهم برؤية الدم من الحيضة الثالثة بعـد الفرقة ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة التي ادعت انتهاء عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان مع ملاحظة أن اللحظة الأولى من العدة والثانية ليست منها ، وهي

= يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد ، ومعنى الثاني أن يقع على امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد بل يقاربها معتقداً أنها تحل له ثم يتبين العكس، ويدخل في ذلك وطء المجنون والسكران والنائم لأجنبية . .

(١) في بحث الرجعة ص ٥١٠ من هذا الكتاب .

رؤية الدم من الحيضة الثالثة ، بل هي أمارة على الخروج من العدة .

وإن كانت العدة بوضع الحمل فتنتهي إذا كان الحمل واحداً بنزوله كله عند الجعفرية ، وبنزول أكثره عند الحنفية سواه نزل حياً أو ميتاً ، وإن كان الحمل أكثر من واحد فلا تنتهي العدة إلا بنزول آخر التوائم ، لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن باتفاق الحنفية والجعفرية .

وفي ختام هذا الفصل نذكر مسألتين يكثر وقوعها .

الأولى : ما إذا تزوج الرجل مطلقته في عدتها ثم طلقها . وفيها التفصيل الآتي :

إذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا ، وهو لا يكون إلا بعد الدخول ، ثم راجعها في عدتها ، ثم طلقها ثانياً بعد المراجعة وجب عليها استئناف عدة لهذا الطلاق الثاني سواء دخل بها بعد المراجعة أو لم يدخل بها باتفاق الحنفية والجعفرية ، لأن العدة الأولى انتهت بالرجعة [1] وهي تعتبر مدخولا بها .

وإذا طلقها بائناً مرة أو مرتين بعد الدخول بها ثم تزوجها في عدتها ودخل بها ثم طلقها وجب عليها استئناف عدة جديدة ولها كل المهر بالاتفاق بين المذهبين أيضاً ، وإن كان الجعفرية في أحد الرأيين عندهم أنها تكمل العدة الأولى أولا ثم تستأنف الثانية ، وسيأتي ذلك في المسألة الثانية

أما إذا لم يدخل بها في الزواج الثاني وطلقها فاختلف فيها هل يجب عليها عدة جديدة أو تكمل الأولى فقط ، فأبو حنيفة وأبو يوسف والجعفرية في أصح الرأيين عندهم يذهبون إلى أن عليها عدة جديدة ولا تبنى على السابقة ولها مهر كامل ، لأن هذه المرأة بالعقد عليها ثانية عادت إلى ما كانت عليه أولا وقد كانت

---

(١) شرائع الأسلام جـ ٢ ص٦٧ ص ٦٨ .

مدخولا بها ، فإذا طلقها بعد العقد الثاني كان طلاقا بعد الدخول حكما فيجب عليها عدة مستقلة ولها مهر كامل مستقل .

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه لا تجب عليها عدة جديدة ، بل تكمل العدة الأولى التي عقد عليها فيها ، ويجب لها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن سمى لها مهراً فيه ، لأنها مطلقة قبل الدخول حقيقة ، ويجب عليها إتمام العدة الأولى لأنها وجبت بعد الدخول ولم تسقط بالزواج الثاني فيلزم إتمامها . ومع وجاهة رأي محمد إلا أن الفتوى على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ويجري عليه العمل .

الثانية تداخل العدتين :

إذا وجب على المرأة عدة لسبب ثم وجب عليها عدة أخرى لسبب آخر فهل تتداخل العدتان بمعنى أنها تعتد للسبب الثاني عدة جديدة ويدخل فيها ما بقي من الأولى ؟

فمثلا إذا وجب على المرأة عدة من طلاق ثم وطئت بشبهة في أثناء عدتها ، أو وطئت المرأة بشبهة وفرق بينها ثم طلقها زوجها . فهل تعتد لكل سبب عدة فتكمل السابقة وتستأنف أخرى ؟

فالحنفية : يذهبون إلى تداخل العدتين بمعنى أنها تعتد عدة كاملة للسبب الثاني ويدخل فيها ما بقي من الأولى ، لأن المقصود الأصلي من شرعية العدة التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ، وعدة واحدة كاملة بعد وجود السببين كافية في ذلك يستوي في هذا أن تكون العدتان لرجل واحد كما إذا وطء مطلقته بشبهة في عدتها منه بالطلاق ، أو لرجلين كما إذا كان الواطيء بشبهة غير المطلق وسواء كانت العدتان من جنس واحد أو من جنسين .

والجعفرية : في المشهور عندهم لا تتداخل العدتان بل تكمل الأولى ثم

تستأنف الثانية ، لأن الأصل تعدد المسبب لتعدد السبب ، وفي رأي لجماعة من كبار فقهائهم أنهما تتداخلان ويكتفي بعدة واحدة [1] .

وبعضهم يفصل بين ما إذا كانت العدتان لرجل واحد فتتداخل العدتان وبين ما إذا كانتا لرجلين فلا تداخل [2] .

ونحن نرى أن القول بالتداخل مطلقا أرجح لأن الغرض المقصود من العدة يتحقق به .

(١) فقه الأمام جعفر ج ٦ ص٤١ ص ٤٢ .

(٢) شرائع الأسلام ج ٢ ص ٦٨ وعبارته : إذا طلقها بائنا ثم وطئها بشبهة قيل يتداخل العدتان لأنها لواحد وهو حسن حاملا كانت أو حائلا .

الفصل الخامس

فيما يجب على المعتدة ويجب لها

يجب على المعتدة أمران :

أولهما : البقاء في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة لا فرق بين معتدة الطلاق ومعتدة الوفاة عند الحنفية ، فلو كانت وقت الفرقة غير موجودة فيه وجب عليها أن تعود إليه فوراً ، لقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق ـ ١ .

فهذا نهي عن إخراجهن من بيوتهن وهو يقتضي تحريم خروجهن فيكون أمراً بضده وهو البقاء فيها وهو يفيد الوجوب .

فإذا كان الطلاق رجعياً فلا مانع من بقائها مع الزوج في مسكن واحد ، لأن هذا الطلاق لا يحرمها على زوجها ، ووجودها كذلك ربما كان سبيلا إلى مراجعتها .

وإن كان بائناً بقيت في هذا المسكن مع مطلقها لكن في حجرة غير حجرته

بشوط أن يكون ذا دين يأمن على نفسه من الوقوع في محرم معها ، فإن لم يتوفر هذا الشرط أو لم يكن في المسكن غير حجرة واحدة تركه لها وسكن في مكان قريب منه .

والحكمة في إلزامها بالاعتداد في بيت مطلقها هي تمكن الزوج من مراقبتها وصيانتها في عدتها حتى تنتهي ، وربما كان ذلك طريقاً إلى عودة الحياة الزوجية بينهما مرة أخرى فالقرب يحمل الرجل على إعادة التفكير فيما حدث ، وقد ينتهي تفكيره إلى مراجعتها إن كان الطلاق رجعياً ، أو العقد عليها في العدة إن كان بائناً .

وأما المتوفى عنها زوجها فإن وجودها في هذا المسكن الذي عاشت مع زوجها فيه يذكرها به وحياتها منه فيحملها ذلك على الوفاء له وتنفيذ ما أمرت به من التربص وترك الزينة .

ولا يجوز للمعتدة أن تخرج من منزل العدة إلا لعذر يبيح لها الخروج كخوفها على نفسها ومالها أو إخراجها منه لعدم قدرتها على دفع أجرته أو عرضته للانهدام وما شاكل ذلك ، فإن خرجت منه لغير عذر كانت ناشزة فتسقط نفقتها إن كان لها نفقة أثناء العدة

وللمعتدة من وفاة أن تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لأنه لا نفقة لها في عدتها وليس لها زوج يقوم بشئونها .

هذا هو الواجب تنفيذه شرعاً وهو ما يجري عليه العمل بالمحاكم ، ولكن الناس أحدثوا شيئاً جديداً بشأن سكنى المطلقة ، فأهل الزوجة يأخذونها إلى حيث يسكنون بمجرد طلاقها لاستقباحهم بقاء المطلقة في مسكن مطلقها ، وشاع ذلك بينهم حتى أصبح عرفاً مقرراً ، ولعل ذلك يرجع إلى خروج الناس على أدب الأسلام ، فالأحسان الذي أمر به القرآن الأزواج عند المفارقة لم يبق

له موضع عندهم ، وأصبح الطلاق لا يقع إلا وسط المنازعات والمخاصمات ممـــا يتعذر معه بقاء المطلقة في مكان واحد مع مطلقها ، فأصبحت الضرورة قاضية بابعادها عن موطن الخصام والمنازعة ، ومن هذه الضرورة نقول : إنه يجوز في هذا الزمن خروج المطلقة للاعتداد في بيت أهلها .

أما ما قيل : إن العرف هو الذي يقضي بذلك فلا نسلمه ، لأن هذا عرف فاسد مخالف لصريح القرآن فلا يصلح أن يكون مستنداً لحكم من الأحكام .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن المعتدة من طلاق رجعي هي التي يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية الذي طلقت فيه ، ولا يجوز لزوجها إخراجها منه لصريح الآية وهي في الطلاق الرجعي ، كما لا يجوز لها أن تخرج منه إلا لضرورة ، فإن خرجت بدونها كانت ناشزة فتسقط نفقتها [1] .

أما المطلقة طلاقاً بائناً فقد اتفقوا على أنها تعتد في أي مكان تشاء ، ولا يحق للزوج أن يلزمها ببقائها في منزله لانقطاع العصمة بينهما ، وانتفـــاء التوارث ، وعدم استحقاقها النفقة عليه إلا إذا كانت حاملا .

أما معتدة الوفاة فلا يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية بل هو أمر مستحب .

ثم قالوا : إن معتدة الطلاق الرجعي والوفاة لا تخرج إلى مسكن آخر إلا لعذر ، فإن وجد انتقلت معتدة الوفاة إلى حيث تشاء ، وممتـــدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى مسكن آخر يختاره لها الزوج .

وثانيهما : الأحداد وهو ترك الزينة بأنواعها طوال مدة العدة ، ولكنه غير واجب على كل معتدة .

---

(١) يقول صاحب اللمعة الدمشقية : ولا فرق في تحريم الخروج بين اتفاقهما عليه وعدمه على الأقوى ، لأن ذلك من حق الله تعالى لقوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن » بخلاف زمن الزوجية فإن الحق لهما ، واستقرب في التحرير جوازه بإذنه وهو بعيد .

فالمعتدة من طلاق رجعي لا إحداد عليها بالاتفاق ، لأن زوجيتها قائمة بل يستحب لها التزين لأنه قد يكون طريقاً إلى تجديد رغبة زوجها فيها فيراجعها .

أما المعتدة من وفاة فيجب عليها الأحداد باتفاق الفقهاء ومنهم الحنفية والجعفرية فيجب عليها ترك التزين بملبس جرى عرف الناس بأنه من ملابس الزينة ،ولاتقييد فيه بلون خاص لأن العرف يختلف فيه من زمن لآخر ومن بلد لغيره ، وترك الحلى بكافة أشكاله ، والطيب والأدهان والكحل والحناء ، ولا تكتحل إلا لضرورة ، فإن كان يكفي في دفعها الاكتحال ليلا اقتصرت عليه وإلا وقفت عند ما يدفعها ، ولا فرق في ذلك بين الزوجة الكبيرة والصغيرة والحامل وغير الحامل ، أما ضرورات الحياة من الاستحمام والتنظيف وتسريح الشعر فليست ممنوعة منها .

وإنما وجب عليها ذلك لما ورد من الأحاديث . منها ما رواه أبو داود بسنده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » ، ولأن في ترك الزينة قطعا لأطماع الراغبين فيها حيث لا زوج يحميها ويمنع عنها هؤلاء ، ولأن الزواج نعمة عظيمة وقد فاتت بوفاة زوج وفيّ حافظ عليها إلى آخر لحظة في حياته ، وفوات النعم ووفاء الزوج يقتضيها ترك التزين إظهاراً للأسف على ما فات ومقابلة الوفاء بالوفاء ، وفوق ذلك فهو أدب جميل تقره الفطرة السليمة ويحمده الناس .

والأحداد : لا يخلو من حق للشارع فيه حيث أمر به ليحفظ المعتدة من طمع الطامعين ، ولذلك قرر الفقهاء أنه لا يستطيع أحد إسقاطه ، فلو أوصاها زوجها قبل وفاته بعدم الحداد لم يكن لها تركه .

أما المعتدة من طلاق بائن : فالحنفية يذهبون إلى أن عليها الأحداد ، لأن

من مقاصدة إظهار الحزن والأسى على فوات نعمة الزواج الذي كان يصونهـا ويكفيها مؤونة الحياة فأشبهت معتدة الوفاة .

وذهب جمهور الفقهاء ومعهم الجعفرية إلى أنه لا إحداد عليها ، لأنه وجب في حالة الوفاة أسفا لفراق زوج وفيّ بعهده لآخر لحظة من حياته ، فأقل مـا تكافئه به هو إظهار الحزن والأسف على فراقه ، أمـا المطلق فقد أساء إليها وحرمها من نعمة الزواج فكيف نلزمها بالحزن عليه ؟

وهذا كما ترى أرجح وأولى بالقبول من رأي الحنفية .

أمّا ما يجب لها فهو **النفقة** على اختلاف بين الفقهـاء في بعض صورها . وإليك البيان .

اتفق الفقهاء على أن المعتدة بعد فرقة من زواج فاسد أو دخـول بشبهة لا تستحق نفقة سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأنها لا تستحق نفقة قبـل هذه التفرقة لعدم مشروعية ما بين الرجل والمرأة ولا يقران عليه فأولى أن لا يجب لها بعد الافتراق ، لأن حال العدة معتبر بحال الزواج قبلها .

كما اتفقوا على أن المعتدة من طلاق رجعي تجب لهـا النفقة بأنواعهـا الثلاثة « الطعام والكسوة والسكنى » سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن زوجيتها قائمة حيث أن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الاستمتاع ولا حل الزوجية بشرط عدم نشوزها قبل العدة وأثنائها .

واختلفوا بعد ذلك في المعتدة من وفاة أو طلاق بائن أو فسخ على آراء [1]

---

(١) وسبب الاختلاف ورود آيات فيها عموم كقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » ، وقوله جل شأنه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » ، وقوله عز من قائل : « وإن كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ، واختلافهم في صحة حديث فاطمة بنت قيس الذي تقول فيه : « بت زوجي طلاقي فلم يجعل لي رسول الله نفقة ولا سكنى » .

وتفصيلات نقتصر منها على مذهبي الحنفية والجعفرية . فنقول :

أما المعتدة من وفاة فلا تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة عند الحنفية والجعفرية سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن مال الزوج المتوفى انتقل إلى ورثته فلا مال له حتى تجب فيه النفقة ، ولا سبيل إلى إيجابها على الورثة ، لأن العدة أثر من آثار عقد الزواج وهم لم يكونوا طرفاً فيه ، وآثار عقد الزواج لا ترجع إلى غير صاحبه ، كما أن هذه النفقة لم تصر دينا بعد حتى تؤخذ من التركة .

وفي رواية عند الجعفرية أنها إذا كانت حاملا ينفق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها [1].

وقد نص قانون العائلة في المادة ١٥٢ على أن المتوفى عنها زوجها ليس لها نفقة مطلقاً حاملا أو غير حامل .

أما المعتدة من طلاق بائن فتجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة عند الحنفية سواء كانت حاملا أو غير حامل لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وهو عام يشمل الزوجات والمطلقات رجعياً كان الطلاق أو بائناً،وقوله في شأن المعتدات: « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، وقوله جل شأنه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » ، فكل هذه الآيات تدل على إبقاء المعتدة على ما كانت عليه قبل الطلاق .

ولأن النفقة وجبت للزوجة قبل الطلاق لكونها محبوسة لحق الزوج ، وهذا الاحتباس باق بعد الطلاق فتجب لها النفقة كما كانت قبله لوجود سبب الوجوب .

وأما قوله سبحانه : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فقد نص على

(١) هامش المختصر النافع ص ٢١٩

نفقة المعتدة الحامل ، لأن عدتها تكون غالباً أطول من غيرها فتجب لغيرها من باب أولى .

وأما حديث فاطمة بنت قيس النافي للنفقة والسكنى فقد رده عمر بقوله : « لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري أحفظت أم نسيت » .

وذهب الجعفرية : إلى أن المعتدة من طلاق بائن أو خلع لا تجب لها النفقة إلا إذا كانت حاملا لأنها بالطلاق البائن زالت زوجيتها التي كانت سبباً في وجوب نفقتها ، ولحديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى بعد أن بت زوجها طلاقها .

أما وجوبها للحامل فلقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » وهي عامة في المطلقات رجعياً أو بائناً

وأما المعتدة بسبب الفسخ لعقد الزواج : فالحنفية يوجبون لها النفقة بكل أنواعها إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج سواء كان السبب مباحاً كخيار البلوغ أو الأفاقة ، أو بسبب محظور كفعله مع إحدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو إبائه عن الأسلام أو ردته ، وسواء حصلت الفرقة بغير قضاء القاضي أو بقضائه .

وكذلك إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة ليس محظوراً . كخيار البلوغ أو الأفاقة أو الفسخ بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها إذا زوجت نفسها بدون إذن وليها .

قالوا : لأن الفسخ يأخذ حكم الطلاق البائن في أكثر أحكامه وبخاصة ما يتعلق منها بالعدة .

أما إذا كان الفسخ بسبب محظور من جهتها كارتدادها عن الأسلام أو

امتناعها عنه بعد اسلام زوجها ولم تكن كتابية ، أو فعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه باختيارها ما يوجب حرمة المصاهرة فلا يجب لها غير السكنى فقط ، أما الطعام والكسوة فلا حق لها فيهما

أما سقوط هذين فلأن النفقة فيها معنى الصلة ، فإذا فعلت معصية توجب الفرقة فلا تستحق تلك الصلة ، بل تستحق العقوبة زجراً له ، وإنما اقتصر الأسقاط على نفقة الطعام والكسوة لأنها خالص حقها ، أما السكنى فللشارع حق فيها مع حقها ، وحق الشارع لا يسقط بمعصية من جهتها ، ولذلك قالوا لو أبرأت المرأة مطلقها عند الخلع من نفقة العدة سقط بهذا الأبراء الطعام والكسوة فقط ، ولو خالعته على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت النفقة دون السكنى ، لأن نفقة الطعام والكسوة حق خالص لها تملك أسقاطهما ، أما السكنى فلا تملك إسقاطها لوجود حق للشارع فيها .

أما الجعفرية فمع أنهم يجعلون الفسخ كالطلاق البائن في أحكام العدة لم يجعلوا للمعتدة بسبب الفسخ حقاً في النفقة ، وعللوا ذلك [1] بانقطاع العصمة بينها وبين الزوج حتى ولو كانت حاملا ، لأن المعتدة من البائن وجبت لها النفقة إذا كانت حاملا بالدليل وهو الآية : «وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ولا دليل في الفسخ ، والأصل العدم .

وقد عرفنا فيما سبق [2] أن الأتصال المحرم بين الزوجة وأحد أصول الزوج أو فروعه إذا طرأ بعد الزواج لا يوجب فسخه ، ومن ثم لا عدة عليها فلا تسقط نفقة الزوجية بهذا الفعل .

أما قانون حقوق العائلة فقد نص على أن نفقة المعتدة على زوجها في المادة

---

(١) فقه الأمام جعفر ج ٦ ص ٤٦ .

(٢) راجع هامش ص١٧٤ من هذا الكتاب .

– ١٥٠ – كما نص في المادة – ١٥١ – على أنه لا تلزم نفقة العدة للمرأة المطلقة إذا كانت ناشزة .

فالمادة الأولى توجب النفقة للمعتدة ، وهي بعبارتها العامة تشمل كل معتدة، ولا يخرج منها إلا المتوفى عنها زوجها ، لأن المادة – ١٥٢ – استثنتها من وجوب النفقة لها .

ومقتضى هذا العموم شمولها للمعتدة من الطلاق بنوعيه، والمعتدة من الفسخ، لكن يبقى التقييد للمعتدة بالمطلقة في المادة الثانية – ١٥١ .

فهل يعتبر ذلك تقييداً للمعتدة في المادة قبلها فتكون المادتان قاصرتين على بيان نفقة المعتدة من الطلاق ، وحينئذ تكون المعتدة من الفسخ مسكوتا عنها فيرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية ككل ما سكت عنه القانون، أولا يكون تقييداً فيبقى الأطلاق ليشمل المعتدة بسبب الفسخ ؟

احتمالان سببها القصور في صياغة القانون . فلو قال : لا تلزم نفقة العدة للمرأه الناشزة لما تعارض مع عموم المادة قبلها ، ولو كان يقصد قصر وجوب النفقة على معتدة الطلاق لقال : نفقة المعتدة من طلاق على زوجها ، ولو صاغ حكم المعتدة بالفسخ في مادة خاصة إيجاباً أو نفياً لكان أسلم .

وبعد : فإذا وجبت النفقة للمعتدة في أي صورة من الصور تأخذ أحكام نفقة الزوجة من حيث التقدير ، وما يجب أن يراعى عند تقديرها ، وفي كونها تصير ديناً أو لا تصير ، وما يسقطها وما لا يسقطها . غير أن المعمول به في مصر كما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو أنها تعتبر ديناً صحيحاً للمعتدة من تاريخ الطلاق أو الفسخ ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، ولا يتوقف كونها ديناً على القضاء أو التراضي ، وأنها لا تستحق نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الفسخ كما صرح به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أما قانون حقوق العائلة فإنه ينص في المادة - ١٥٣ - على أنـــه : « إذا انقضت مدة العدة بدون تقدير نفقة لها قضاء أو رضاء تسقط النفقة » فهو في هذا يسير على المذهب الحنفي مع ملاحظة أنه يعتبر أقصى مدة للعدة تسعة أشهر في المادة - ١٤٠ - كما سبق .

كما نص على أن النفقة المقدرة المتراكمة لا تسقط بوفاة أحد الزوجين المادة - ١٥٤

وبهذا ينتهي القسم الثاني من هذا الكتاب .

★

القسم الثالث

في حقوق الأولاد والأقارب
وهي النسب وما يترتب عليه من أحكام
وفيه خمسة أبواب

« مقدمة »

قدمنا أن من أهم أغراض الزواج التوالد والنسل، لأن الأنسان بفطرته يميل إلى الولد ، ويود أن يكون له أولاد يبادلهم العطف والمحبة، ويعتز بهم ويستعين بهم على نوائب الزمان .

ومجيء الأولاد ليس مقصوداً لذاته ، بل ليكونوا أعضاء صالحين في المجتمع ولن يكون ذلك إلا بتكوين أسر يتم بها بناء المجتمع ، ولا تتحقق الإسرة إلا برباط متين يربط بين أفرادها ليعيشوا متحابين متعاطفين .

هذا الرباط جعله الشارع النسب ، وهو الحق الأول للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع، كما أنه حق لوالديه يحفظ به الأب ولده من أن ينسب لغيره ، وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم .

ويأتي بعده حق الرضاع الذي يحفظه من الهلاك في مستهل حياته ، لأنه الوسيلة الوحيدة لتغذيته ، وهو في هذه المرحلة وما بعدها يحتاج إلى من يرعى شئونه فكان له حق الحضانة ثم الولاية، وبما أنه ينشأ ضعيفاً عاجزاً عن التكسب فيكون في حاجة إلى من ينفق عليه فكانت النفقة على الوالدين أولا وعلى من يحل محلهما من الأقارب إن ثبت عجزهما أو فارقا الحياة .

الباب الأول

في النسب [1]

وفيه فصول

---

(١) من مراجع هذا البحث سبل السلام شرح بلوغ المرام ج٣ ، نيل الأوطار ج ٦، فتح القدير ج ٢ . البدائع ج ٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم المصرى ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ، شرائع الأسلام ج ٢ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ، الأحكام الجعفرية ، اللمعة الدمشقية ج٥ ، المختصر النافع ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ، زاد المعاد ج ٤ ، المغنى لابن قدامة ج ٦ طبعة رشيد رضا ، شرح السراجية وحاشيته .

تمهيد : عُنى الشارع الحكيم بالنسب فنظمه وأرسى قواعده حفظاً له من الفساد والاضطراب، وجعله من النعم التي امتن بها على عباده ، يقول جل شأنه : « وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهرا وكان ربك قديرا » الفرقان – ٥٤ .

كما جعل له سببا واضحاً كريما يتفق وكرامة بني آدم ، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين ، ولم يتركه لأهواء الناس ورغباتهم يهبه الشخص لمن يحب ، ويمنعه عمن لا يحب ، فأبطل طرقه غير المشروعة التي كانت شائعـــة في الجاهليـــة من التبني ومن إلحـاق الأولاد عـن طريق الفاحشة ، يقول جل شأنه : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل » الأحزاب – ٤ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

وشدد النكير على الآباء الذين يجحدون نسب أولادهم فيقول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة: « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه[1] احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » لأن في هذا الأنكار تعريضاً للولد وأمه للذل والعار .

كما توعد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله : « مـن ادعى إلى غير

---

(١) سبل السلام ج٣ ص١٩٣ ، ومعنى وهو ينظر إليه . أي يعلم أنه ولده .

أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة حرام عليه » ، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم .

وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم فيقول :

« أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يُدخلها جنته » [1]

ولما كان محل النسب وهو الولد لا يجيء إلا بعد مخالطة جنسية بين رجل وامرأة وحمل المرأة نتيجة لتلك المخالطة ، ثم ولادة يجيء بعدها ثبوت النسب الذي يكون حال قيام العلاقة الزوجية أو بعد افتراقهما بفسخ أو طلاق أو موت الرجل ، وهذا لا يكون إلا إذا ولدته في فترة معينة اقتضى ذلك بيان الأمور الآتية :

أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبات الولادة وتعيين المولود عند الاختلاف فيها ، والطرق التي يثبت بها النسب نعقد لها فصلين نتبعهما بفصل أخير في أحكام اللقيط .

---

(١) المرجع السابق وهو جزء الحديث السابق .

الفصل الأول

في بيان أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبات الولادة

أقل مدة الحمل : اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً هي ستة أشهر استنبطوا ذلك من مجموع آيتين في كتاب الله هما قوله تعالى : « ووصينا الأنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » الأحقاف - ٢٥ .

وقوله جل شأنه : « ووصينا الأنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين » لقمان - ١٤ .

فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهراً ، وقدرت الثانية للفصال أي الفطام عامين ، وبأسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير .

ومما يؤيد ذلك الاستنتاج ما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج ، فرفع أمرها إلى عثمان رضي الله عنه فهم بأقامة الحد عليها ، فقال له ابن عباس رضي الله عنهما : « إنها لو خاصمتكم بكتاب الله

لخصمتكم » أي غلبتكم قال تعالى : « وحمـــله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال : « وفصاله في عامين » ، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك ، وإذا اعتبرت هذه المدة في درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات اعتبرت أيضاً في إثبات النسب ، لأنه مما يحتاط في إثباته محافظة على النسل وصيانة للعرض .

أما أقصى مدة الحمل[1]: فقد اختلف الفقهاء في تحديدها اختلافا كبيراً، نشأ هذا الاختلاف عن عدم ورود نص يحددها في كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ وإنما اعتمد تحديدهم لها على ما جرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض ، أو على أثر يروى عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنهـــا كما يرى فريق آخر ، أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء .

ولو صح الأثر المروى عن عائشة عند كل الفقهاء لقالوا بمقتضاه ، لأنـــه في التقديرات التي لا تعلم إلا باخبار من رسول الله ﷺ ، وإليك بعض هذه الأقوال بترتيبها التصاعدي .

يرى الظاهرية – كما حكاه ابن حزم في المحلى – أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر بناء علي الغالب والكثير ، وقال ابن حزم : أنه المروى عن عمر [2].

وقال محمد بن عبد الحكم أحد فقهاء المالكية : إن أقصاها سنة قمرية .

والجعفرية لهم أقوال فقيل تسعة أشهر ، وقيل عشرة أشهر ، وقيل سنة ،

---

(١) عني الفقهاء ببيان أقصى مدة الحمل لا لأجل ثبوت النسب حال قيام الزوجية حقيقة لأنه ثابت فيها على كل حال بعد أن يكون مضى ستة أشهر وإنما لأجل إثباته بعد الفرقة أو حالة غيبة الزوج .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٣١٦ .

ثم اختلفوا في تحديدها ، أو أن ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء فإن بعضهن تلد لتسعة أشهر ، وبعضهن لعشرة ، وقد يتفق نادراً بلوغ سنة [1] .

وذهب الحنفية إلى أن أقصاها سنتان إستناداً إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » تريد أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود المغزل .

ويذهب الشافعية إلى أن أقصاها أربع سنوات ، ويوافقهم المالكية في القول المشهور عندهم . وفي القول الآخر إنها خمس سنوات ، وهناك من يزيد على ذلك .

ويقول ابن رشد في بداية المجتهد بعد حكاية هذه الأقوال : وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم يجب بالمعتاد لا بالنادر .

وإذا عرفنا أن أكثر هذه الأقوال لا يستند إلى دليل قوي بل كان الباعث عليها هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره ، وعرفنا مع ذلك أن المسائل المتروكة بدون تقدير يرجع فيها إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم الطب يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء ، وقد قدروا أن الولد لا يمكث في بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل الحالات النادرة .

من أجل ذلك عدل المشرع في مصر عن الأخذ بمذهب أبي حنيفة الذي كان معمولا به لما ترتب على العمل به تحايل بعض النسوة في وقائع كثيرة ترتب عليه مفاسد كثيرة،وسيأتي قريباً بيان ذلك وما استقر عليه العمل .

---

(١) فقه الامام جعفر جـ٥ ، اللمعة الدمشقية جـ٥ ص ٤٣٢ .

إثبات الولادة بعد إنكارها :

إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فإما أن يصدقها الرجل في دعواها أو ينكرها ، فإن صدقها ثبت النسب إذا توفرت شروط ثبوته ، وإن لم يصدقها بأن أنكر دعواها كان على المرأة إثبات دعواها ، فبم تثبت هذه الدعوى ؟

هذا الأنكار إما أن يكون لأصل الولادة ، وإما أن يكون لنوع المولود بعد الاعتراف بأصل الولادة ، فإن كان الأنكار لأصل الولادة بأن يكون جوابه على دعواها : زوجتي أو مطلقة لم تلد شيئا وهذا الذي تدعي ولادته لقيط ، وفي هذا الأنكار تختلف طرق الأثبات باختلاف حالات المرأة عند ادعائها ، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقة رجعياً أو بائنا أو معتدة من وفاة ، وحال ظهور الحمل أو اعتراف الزوج به أولا .

فقد تثبت الدعوى بقول المرأة نفسها ، وقد تثبت بشهادة امرأة مقبولة الشهادة سواء كانت هي القابلة أو غيرها ، وقد تحتاج إلى بينة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من العدول وهذا عند أبي حنيفة [1]

---

(١) تفصيل مذهب أبي حنيفة : إذا كان الحبل ظاهراً أو كان الزوج معترفا بوجوده أو ورثته بعد وفاته فلا تحتاج إلى إثبات بل يكفي قول المرأة نفسها ، لأن الحمل المفضى إلى الولادة ثابت بظهور أمارته أو الاعتراف به فيثبت ما يفضى إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها .

وان لم يكن الحمل ظاهراً ولم يكن معترفا به فلا يكفي قول المرأة ، بل لا بد من بينة للإثبات ، ويكفي شهادة امرأة من أهل العدالة إذا كانت المرأة المدعية زوجة أو كانت معتدة من طلاق رجعي والدعوى بعد مضي سنتين أو أكثر من وقت الطلاق إذا لم تكن أقرت بانقضاء العدة ، أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو معتدة وفاة فلا بد من شهادة كاملة .

أما المعتدة من طلاق رجعي إذا ادعت الولادة قبل مضي سنتين ففيها رأيان . رأي يجعلها كالزوجة ، والآخر يجعلها كالمعتدة من طلاق بائن وهو أرجح لأن –

أما صاحباه أبو يوسف ومحمد : فقد ذهبا إلى أنها في جميع الحالات تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل العدالة . سواء كان الحمل ظاهراً أو لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا ، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات ، ويكفى فيهـــا شهادة المرأة المقبولة الشهادة ، لأن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال ، فقدثبت أن رسول الله ﷺ « أجاز شهادة القابلة » ، وروي عن الزهري أنه قال : « مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن » .

وإذا كان الأطباء في هذا الزمن يقومون بعملية الولادةفيكفي شهادة الطبيب الذي باشر الولادة أو أي رجـــل آخر شاهد الولادة إذا لم يكن تعمد النظر ، لأنه حينئذ يكون فاسقاً مردود الشهادة .

أما الجعفرية فيقولون : إذا اختلف الزوجان في الولادة فالقـــول قول الزوج مع يمينه ووجهتهم في ذلك : أن الزوج يتمسك بالأصل ، لأن الأصـل عدم الولادة ، ويمكنها أقامة البينة على الولادة ، فلو أقامتها قبل قولها [١] .

أما إذا كان النزاع في تعيين المولود : كأن تقول هو ذكر ، وهو يقول لها إنه أنثى . فيكفي في إثبات نوعه شهادة امرأة من أهـــل العدالة أو شهادة الطبيب المولد سواء كان النزاع في حال قيام الزوجية حقيقة أو في العدة مطلقاً ، وهذا بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلا فلا يشترط فيه شهادة كاملة .

— ادعاءها الوضع قبل مضي سنتين اعتراف منها بانقضاء عدتها فتكون كالمبتوتة ، وإنما احتيج هنا إلى شهادة كاملة ، لأن الشهادة وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنها سيترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق أو المتوفي ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون مقرة بانقضاء عدتها ، وبانقضائها تصير أجنبية ، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة .

هذا ويشترط المالكية والشافعية في إثبات الولادة تعدد الشهود من النساء فالشافعية لا بد من أربع منهن ويكتفي المالكية بشهادة امرأتين .

(١) شرائع الأسلام ج٢ ص٤٢ ، واللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٣٦ .

الفصل الثاني

في طرق إثبات النسب أو الأمور التي يثبت بها

وفيه مباحث

يثبت النسب بأحد أمور ثلاثة : الفراش ، والأقرار ، والبينة .

المبحث الأول

في الفراش

الفراش في الأصل ما يبسط للجلوس أو النوم عليه ، ويكنى به عن المرأة التي يستمتع بها الرجل يقول جل شأنه :« وفرش مرفوعة ، إنا أنشأناهن إنشاء، فجعلناهن أبكاراً ، عرُباً أتراباً ، لأصحاب اليمين » الواقعة – ٣٤ – ٣٨ .

فكنى بالفراش عن النساء وهن الحور العين .

والمراد بالفراش هنا : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد ، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين،وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به، فإذاولدت الزوجة بعد زواجها ـ بشروط سيأتي بيانها ـ

ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أ بينة تقيمها الزوجة على ذلك لما رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » يريد أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزوج ، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إن كانت تستوجب الرجم ، أو الخيبة والخسران ولا نسب له لو نازع فيه [1] .

والسبب في ثبوت النسب بالفراش دون توقف على إقرار أو بينة هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ، ويجعل الزوجة مختصة بزوجها يستمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه ذلك الاستمتاع ، بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة ، فإذا جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمال أنه من غيره احتمال مرفوض ، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح حتى يثبت العكس .

شروط ثبوت النسب بالفراش :

وإذا كانت الشريعة جعلت الفراش طريقاً لأثبات النسب بمفرده ، لكن ذلك يتوقف على توفر شروط بعضها متفق عليه بين الفقهاء ، وبعضها مختلف فيه ، وإليك هذه الشروط .

١ — إمكان حمل الزوجة من زوجها . بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل ، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل ، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشا ، لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته ، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد والوضع ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء .

---

(٢) لكن المعنى الثاني أرجح ، لأنه ليس كل زان يرجم ، وجاء هذا من الرسول على نهج الأسلوب العربي لأنهم يقولون للذي لم ينل خيرا بفية التراب أو له الحجر . واجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٥ وما بعدها .

٢ – إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد ، وهو شرط عند الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل ، فلو انتفى إمكان التلاقي عادة وجاءت بولد بعد مضي ستة أشهر من حين العقد عليها لا يثبت نسبه منه .

وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا: إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشاً لأنه مظنة الاتصال ، فإذا وجد كفى ، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد.

وقد فرعوا على ذلك أنه لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينهما مسافة سنة فولدت لستة أشهر من تاريخ العقد ثبت نسبه ، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات .

وقد قيل في تبرير هذا المذهب : إنهم لم يخالفوا في اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين ولكنهم اكتفوا بالأمكان العقلي - كما يقول الكمال بن الهمام ، وإن هذا الفرض – وهو تزوج المشرقي بالمغربية كان مانعاً من الاتصال في زمنهم لبعد الشقة وصعوبة المواصلات ولكنه بعد اختراع الطيران الذي يقطع المسافات الطويلة في وقت قصير كما يقول بعض الكاتبين في هذا العصر ، وفوق هذا وذاك إنه احتياط في المحافظة على الأولاد من الضياع .

وأنا أقول : مهما قيل من ذلك فإنه لا يسوغ العمل بهذا المذهب لأن الأمكان العقلي شيء والواقع شيء آخر ، وليست المشكلة مشكلة صعوبة المواصلات وسهولتها ، والكرامة للأولياء – مع ثبوتها – ليست ثابتة لكل زوج مغترب بعيد عن زوجته ، والاحتياط يعمل به في الموضع الذى يحتمله .

فإذا تزوج شخص الآن بالمراسلة أو بالوكالة ولم ير زوجته إلا بعد سنة من حين العقد ثم وجدها تحمل بين ذراعيها طفلا وتقول له هذا ولدك . أنقول له إنه ولدك لأن الاحتياط والمحافظة عليه من الضياع يقضيان عليك بذلك ؟

وماذا يكون الحال لو تزوج رجل وعاش مع زوجته فترة من الزمن أنجب فيها طفلا ثم سافر في بعثة طالت مدتها إلى سنوات لم يرجع إلى مقر زوجته فيها ولم تنتقل هي إليه ثم عاد فوجد الطفل طفلين أو ثلاثة ؟! الحق أحق أن يتبع ولا بد من اشتراط إمكان التلاقي عادة على الأقل .

والجعفرية : لم يكتفوا في ثبوت النسب بأمكان التلاقي بل شرطوا الدخول الحقيقي ، فإذا انتفى لا يثبت النسب ، ويوافقهم في هذا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [1] معللين ذلك بأن المرأة لا تكون فراشا إلا بافتراش زوجها لها وهو لا يتحقق إلا بالدخول ، وعلى ذلك لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لا يثبت نسبه ، ولو أتت به لستة أشهر من حين الدخول ثبت نسبه .

وأنت ترى معي : أن اشتراط حقيقة الدخول وهو لا يطلع عليه أحد غير الزوجين فيه عسر شديد فالاكتفاء بامكان الدخول هو المعقول [2] ، لأن أثر الخلاف لا يظهر إلا عند اختلاف الزوجين .

٣ ـ أن تلد الزوجة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها عند الحنفية والأئمة الثلاثة ولكن مع إمكان التلاقي ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كاقدمنا ، ومن وقت المخالطة في الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير فراشاً إلا بها فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا، فيثبت نسبه ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه قبل العقد الصحيح عليها بناء على عقد آخر صحيح أو فاسد أو مخالطة لها بشبهة حفاظا على الولد من الضياع وستراً على الأعراض ، ويكون ثبوت النسب هنا بالأقرار لا بالفراش .

---

(١) راجع زاد المعاد ج ٤ ص ١٦٦ ، وشرائع الأسلام ج ٢ ص ٤٢ وفقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠ .

(٢) وفي هذا يقول الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٧ : إن معرفة الوطء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاط فيها، واعتبار مجرد الأمكان يناسب ذلك الاحتياط .

وعند الجعفرية تحتسب المدة من وقت الدخول لا من وقت العقد، فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه منه ، ولو ادعاه لا يلتفت إلا دعواه [1] .

٤ – أن تلده لأقل من أقصى مدة الحمل ـ على الاختلاف السابق فيها ـ من وقت الفرقة بالطلاق البائن أو الموت ، فإذا جاءت بـــه لسنتين فأكثر من حين الفرقة لا يثبت نسبه بالفراش السابق عند الحنفية ، لأنه تبين أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقيناً .

وإذا كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه منه في أي وقت تجيء بـــه ولو مضى سنتان فأكثر من وقت الطلاق ما لم تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه ، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق في عدتها التي قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذي استدامته الرجعة .

وعند الجعفرية لا يثبت نسبه إذا جاءت به لأكثر مدة الحمل بعد الطلاق أو الوفاة ، واتفقوا على أنها لا تزيد على سنة ثم اختلفوا في تحديدها . فقيل تسعة أشهر ، وقيل عشرة ، وقيل سنة فلو جاءت به لأكثر منها أو لغيبـــة متحققة لا يثبت نسبه منه ، بل ولا يجوز إلحاقه به في هذه الحالة ولو ادعاه .

تلك هي شروط ثبوت النسب بالفراش ، فإذا تخلف منها شرط لا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه عند الحنفية ، ويكون ثبوته في هذه الحالة بالدّعوة لا بالفراش ، وإذا توافرت ثبت النسب .

---

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠ ، فإذا تخلف شرط لا ينسب إليه ، وإذا اعترف به فلا يلتفت إلى اعترافه ، ولو اختلفا في الدخول فنفاه وادعته فالقول قوله مع اليمين ، لأن الاصل عدم الدخول ، وإذا اختلفا في المدة أقلها أو أكثرها فالقول قولهـا ، ويلحق به الولد ، لأن كل ما أمكن أن يكون منه فهو ولده للحديث لا يخرج منه إلا ما علم أنه ليس منه قطعا فيبقى المعلوم والمشكوك على حكم الفراش . وراجع أيضاً شرائـــع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ واللمعة الدمشقية ج٥ .

ولا يملك نفيه إلا بعد إجراء اللعان الشرعي إذا توفرت شروطه ، وهي تتلخص فيما يلي :

١ ـ أن ينفى الولد عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود عند أبي حنيفة ، أوفى مدة النفاس عندالصاحبين إذا كان حاضراً وقت الولادة،أو وقت حضوره أو وقت التهنئة إن كان غائباً عند أبي حنيفة ، وفي مقدار مدة النفاس عندهما .

٢ ـ ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة كقبوله التهنئة أو سكوته عندها ولم يرد .

٣ ـ أن يكون كل من الزوجين أهلا للعان عند ابتداء الحمل بالولد.

٤ ـ أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع النسب بعد إجراء اللعان والقضاء بنفيه عنه ، فلو مات قبل القضاء بنفي نسبه لا ينتفى نسبه ، لأن النسب يتقرر بالموت .

وإذا انتفى نسبه باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره لو ادعاه لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما بيناه من قبل .

ثبوت النسب في الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد لا تصير به المرأة فراشا بالعقد بل بالدخول الحقيقي على المفتى به في المذهب الحنفي وهو قول محمد بن الحسن ، فإذا ولدت المتزوجة زواجاً فاسداً لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاة ولم يصرح إنه من الزنا ، وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر ثبت نسبه بدون دعوة منه .

وإذا أتت به بعد المتاركة لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية ، ولأقل من تسعة أشهر أو عشرة أو سنة على الخلاف عند الجعفرية ثبت نسبه .

وإذا ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه .

ويلاحظ هنا : أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد لا ينتفى بنفيه ، لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان ، ولا لعان إلا في الزواج الصحيح ، وبناء عليه يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح . هكذا يقولون :

ثبوت النسب بالمخالطة بشبهه : هذه المخالطة لا تصير بها المرأة فراشاً ، بل يثبت بها شبهة الفراش فإذا ولدت بعد أن خالطها بشبهة لا يثبت نسبه بتلك الشبهة إلا إذا انصم إليها الدّعوة ، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالأقرار لا بالفراش .

وعند الجعفرية: إن الوطء بشبهة سواء سبقه عقد أولا يلحق النسب بالواطىء إذا توفرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش باشتراط الدخول الحقيقي ، ومضى ستة أشهر ما بين الوطء والولادة ، ولا تزيد على أكثر مدة الحمل من حين المتاركة ، وإذا ثبت نسبه لا ينتفي بانتفائه [1] كمذهب الحنفية .

أما ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين فهو على التفصيل الاتي :

١ - **المطلقة قبل الدخول** : إذا ولدت ولداً لستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لأمكان الحمل منه وقت الفراش عند الحنفية الذي يثبت عندهم بمجرد العقد كما قدمنا ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه ، لأنه يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشاً لهذا الزوج ، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الطلاق

---

(١) فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٣٠٣ ، زاد صاحب اللمعة جـ ٥ ص ٤٤٠ شرطاً رابعاً في إلحاق ولد الشبهة بالواطىء ألا يكون الزوج لهذه المرأة الموطوءة بشبهة حاضرا لأنه يلحق بـه باعتبار أنه صاحب الفراش الشرعي .

لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره ، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا ، لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها .

وقد عللوا ذلك : بأن القاعدة عندهم . أن كل امرأة لا تجب عليها العـــدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه منه بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ، وكل امرأة تجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه ليس منه بأن تجيء به لأكثر مدة الحمل على ما سيأتي تفصيله في المعتدة في الصور الآتية .

أما الجعفرية فلا نسب عندهم في هذه الصورة لاشتراطهم الدخول في إثبات النسب بالفراش .

٢ - **المطلقة بعد الدخول** : ولها حالتان . إما أن تقر بانقضاء عدتها قبـل الولادة أولا . فإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل انقضاء العدة فيها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الأقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الأقرار بانقضاء عدتها ثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها لأنها وقت الأقرار كانت حاملا بيقين .

وإذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولدلأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً .

وإن جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق ثبت نسبه اذا كان الطلاق رجعياً ، ويحمل على أن زوجها خالطها أثناء العدة وتكون رجعة .

وإن كان الطلاق بائناً لا يثبت نسبه ، لأن الحمل كان بعد زوال الفراش إلا

إذا ادعاه ، فإنه يثبت نسبه بالدّعوة لا بالفراش ، ويحمل هذا الادعاء على أنه خالطها بشبهة أثناء العدة .

أما الجعفرية فإن نسب ولد المطلقة رجعياً أو بائناً يثبت من زوجها إن ولدته لأكثر مدة الحمل عندهم من وقت الفراش [1] ، ولو نفاه لاعن ، وإن ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه ولا يحتاج إلى لعان لعدم الزوجية .

٣ – المتوفي عنها زوجها : إما أن تدعيَ الحمل أولا .

فإن ادعت الحمل وجاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حتى حملها ، وإن جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه للتيقن بأن علوقها به كان بعد الموت .

وإن لم تدع الحمل وأقرت بانقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء عدتها الذي زعمته ثبت نسبه لإمكان علوقها به قبل وفاته وظهور كذبها في دعوى انقضاء عدتها .

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت نسبه لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء عدتها .

وذهب الجعفرية إلى أن المتوفي عنها زوجها اذا جاءت بولد لأقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها من حين الوفاة ثبت نسبه من زوجها ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت نسبة، ولو ادعاه الورثة لا تقبل دعواهم .

بهذا العرض لمذهب الحنفية نخلص منه بالأمور الآتية ، أن أقصى مدة الحمل

(١) يقول الحلى في شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٤٢ : ولو طلقها فاعتدت ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدة الحمل لحق به إذا لم توطأ بعقد ولا شبهه

سنتان ، وأن النسب يثبت بالفراش السابق لولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة ، وأنه يكفي لثبوت النسب بالفراش مجرد العقد دون اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين عادة مع ما قيل في تبريره ، وأن غياب الزوج عن زوجته غيبة محققة سواء كانت قبل الدخول بها أو بعد دخوله بها لا يمنع من إثبات نسب ما تلده من أولاد ما دامت الولادة جاءت في ظل العقد القائم بينهما .

وقد كانت هذه الأمور باعثة على شكوى الناس من العمل به في المحاكم المصرية حيناً من الدهر بعد أن فتح أبواب التحايل أمام طائفة من النسوة اللاتي لا خلاق لهن لأن مدة السنتين بعد الفرقة مجال لكي تأتي المرأة بولد غير شرعي وتنسبه لمطلقها أو لزوجها المتوفى لكي تحصل على ميراثه منه ، كما أن ثبوت النسب بمجرد العقد وإن لم يمكن التلاقي بين الزوجين عادة طريق لمثل ذلك ، فرأي المشرع المصري درءاً لهذه المفاسد العدول عن مذهب الحنفية الذي لا يستند إلى دليل صحيح من كتاب الله أو سنة صحيحة فوق أنه لا يتفق مع الواقع ولا مع ما قرره أهل الخبرة من الأطباء من أن الحمل لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل جميع الحالات النادرة .

عدل عنه وأخذ بما قرره الأطباء لقربه من قول محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكي ، وهو أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، مع اعتبار إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد وهو ما شرطه الأئمة الثلاثة ، واستناد إلى قاعدة شرعية تقول : إن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع الدعاوى التي يكثر فيها التزوير والاحتيال .

جاء ذلك في المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج

عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة » .

فهذه المادة بنيت على أمور كلها مخالفة مذهب الحنفية . وهي امكان التلاقي بين الزوجين ، وأن أقصى مدة الحمل سنة ، وأنه لا فرق بين المطلقة رجعياً والمطلقة بائناً .

لكن يلاحظ أنها منعت سماع الدعوى فقط دون التعرض للنسب بإثبات أو نفي ، وقصرت ذلك على حالة إنكار المدعى عليه ، لأنها الحالة التي يظهر فيها التزوير والاحتيال .

ومفهوم ذلك أنه إذا أقر الزوج في حالات عدم التلاقي أو الغيبة أو الطلاق فإن النسب يثبت ، فإذا أنكر كونه منه في حالتي عدم التلاقي من حين العقد ، وحالة غيبته عنها مدة سنة من حين الغيبة الى الولادة ، ورفعت الزوجة الدعوى لإثبات الدعوى وأنكر الزوج بناء على أنه تزوجها بالمراسلة ولم يلتق بها أو أنه غاب عنها ، فالمحكمة تسمع الدعوى أولاً إلى أن يثبت الزوج بالدليل أنه لم يلتق بها أو أنه غاب عنها فترفض الدعوى ، ولا يكون لها الحق في طلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها ولا إقامة البيبة على إثبات النسب، ومثلها حالة الغيبة ، فإن عجز عن إثبات ما يدعيه سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها .

تنبيه : وينبغي هنا التنبيه على ما قدمناه عند الكلام على ما شرطه القانون في عقد الزواج في مصر ص ١٣٤ من هذا الكتاب .

إن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة (٩٩) منع في حالة الأنكار من سماع دعوى الزوجية أو الأقرار بها إلاإذا كانت ثابتة بورقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، كما منع من سماع مثل هذه الدعوى إذا

كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة . فهل ذلك يؤثر في دعوى النسب ؟

والجواب : أن هـذا لا يؤثر في دعوى النسب ، فلقد جـاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذا الموضوع : وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب ، بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المـادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية .

المبحث الثاني

في الاقرار

كما يثبت النسب بالفراش ، وهو قاصر على إثبات نسب الأولاد ، لأنـه يكون بين رجل وامرأة بينهما علاقة حصل بينهما اتصال جنسي مشروع ولو بوجه ، وولادة من المرأة في ظل هذه العلاقة أو آثارها بعد انقطاعها في العدة ، وهو في الواقع منشىء للنسب ، ولا يحتاج إلى إقرار .

كما يثبت بذلك يثبت بالأقرار ، ويسميه الفقهاء بثبوت النسب بالدّعوة .

ومعنى الأقرار بالنسب : إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر .

وهذه القرابة تتنوع إلى نوعين :

١ – قرابة مباشرة : وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والأمومة .

٢ – قرابة غير مباشرة . وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر كالأخوة والعمومة ، ومثلها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة .

ومن هنا تنوع الإقرار بالنسب إلى نوعين :

الأول – إقرار الشخص بالنسب على نفسه وهو الإقرار بأصل النسب وهذا يكون بالولد الصلبي إبناً أو بنتاً والوالدين المباشرين له. كأن يقول : هذا ابني أو أبي ، أو هذه ابنتي أو أمي .

وفي هذا النوع إذا توفرت شروط صحة الأقرار يثبت النسب وأصبح المقر بنسبه ابناً أو بنتاً أو أباً أو أماً ، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار . وإنما كان هذا إقراراً بالنسب على نفس المقر لأن النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط وليس فيه تحميل النسب على غيرهما ، وإذا ثبتت هذه القرابة ترتبت جميع الآثار عليها وتتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء .

ويشترط لثبوت النسب به في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية :

١ – أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب [١] حتى يمكن إثبات بنوته للمقر ، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار ، لأن الشخص لا يكون له أبوان ،ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ كما لا يقبل التحويل .

---

(١) مجهول النسب هو الشخص الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن وجد في بلد آخر .

ويلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاعن إلا أنه يعتبر في حكم ثابت النسب فلا يثبت نسبه بأقرار غير الملاعن لجواز أن يكذب الملاعن نفسه فيثبت نسبه منه ، ولأن في قبول هذا الأقرار تسجيلا للفاحشة على المرأة .

٢ – أن يكون المقَر له بالبنوة مما يولد لمثل المقِر بأن تكون سنها تحتمل ذلك ، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الأقرار ، لأن الواقع يكذبه في هذا الأقرار [١] .

٣ – أن يصدق المقَر له المقِر في هذا الأقرار إذا كان من أهل المصادقة ، وهو المميز عند الحنفية ، لأن الأقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير ، وهذا الأقرار يتضمن دعوى البنوة على المقَر له ، ويترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقِر والمقَر له على الآخر .

فإن كان المقَر له غير مميز ثبت النسب[٢] دون حاجة إلى تصديق ، لأن غير المميز ليست له عبارة معتبرة ، ولأن هذا الأقرار – من ناحية أخرى – فيه منفعة أدبية لهذا الصغير باثبات نسبه بعد أن كان مجهولا ، ومنفعة مادية غالباً لحاجته إلى من يقوم بشئونه والأنفاق عليه ، ولو كان مميزاً لبادر إلى التصديق ما لم يمنعه مانع منه .

---

(١) وأقل فرق بين السنيين يصدق الأقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر ، لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالنسبة للفتى .

(٢) يشترط في ثبوت النسب في هذه الحالة التي لا يشترط فيها المصادقة : أن لا ينازع المقر في الصغير المدعي بنوته منازع ، فان نازعه مدع آخر حكم لصاحب البينة منهما فان لم تكن لهما بينة ينظر للمرجح فان وجد حكم لصاحبه وإن لم يوجد نسب إليهما عند الحنفية في الحقوق المالية ، وعند الجعفرية : إن لم يكن لهما بينة يقرع بينهما ويحكم بنسبة لمن خرجت القرعة له .

وشرط الجعفرية التصديق من المقَر له البالغ فقط ، أما الصغير ولو كان مميزا لا تشترط مصادقته .

وإذا كان ثبوت النسب بالأقرار يتوقف على تصديق المقر له، فلو صدقه ثبت النسب ، ولو كذبه لا يثبت النسب بعد هذا التكذيب ، لكنه لا يبطل الأقرار بل يظل قائماً ما دام المقَر له حياً لجواز أن يرجع عن تكذيبه ويصدقه فيثبت النسب ، لأن الأقرار بالنسب لا يبطل بالرد من المقر له بخلاف الأقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد [١] .

وفي حالة التكذيب لو أقام المقِر البينة على دعواه ثبت النسب بالبينة لا بالأقرار .

٤ – ألا يصرح المقر بأن هذا ابنه من الزنا ، فإن صرح بذلك لا يثبت به النسب ، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سبباً للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي امتن بها على عباده يقول جل شأنه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » النحل – ٧٢ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ولأن المقر بالنسب لا يلزم ببيان السبب [٢] في تلك البنوة إذا لم يصرح به ، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك، ولأنه لو صرح بالسبب من زواج صحيح أو فاسد كان النسب ثابتاً بالفراش بعد إثباته لا بالأقرار المجرد .

أما الجعفرية فقد اختلفوا في هذه المسألة (إذا قال المقر هذا ابني من الزنا) فمنهم من أثبت النسب به نظراً لأول الكلام (هذا ابني) ، ومنهم من نقاه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري .

(٢) المالكية يذهبون إلى وجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهر الحال يكذبه كأن يكون المقر عقيما لا يستطيع انجاب الأولاد أو يكون المقر له بالبنوة لقيطا .

نظراً لآخر الكلام وهو قوله « من الزنا » .

ورجح بعضهم الأول لأنه أشبه بقوله : عليّ ألف من ثمن خمر . حيث يحكم بالمال وإلغاء قوله من ثمن خمر باتفاق فقهائهم [1]

وكما يقبل الأقرار من الرجل بالبنوة بالشروط السابقة كذلك يقبل من المرأة الأقرار بالبنوة بشروط ثلاثة . ألا يكون للولد أم معروفة ، وأن يولد مثله لمثلها [2] ، وأن يصدقها الولد في هذا الأقرار إن كان مميزا عند الحنفية ، وبالغاً عند الجعفرية .

ويقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة ولا معتدة ، فإن كانت زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد ليس من هذا الزوج يثبت نسبه منها باقرارها ، لأن هذا الأقرار إلزام لنفسها لا لغيرها وهي أهل للالتزام بالنسب كالرجل .

فإن لم تدع أنه من غير زوجها لا يثبت النسب من زوجها إلا إذا صدقها الزوج في ذلك الأقرار ، لأن إقرارها في هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على غيرها وهو الزوج ، فإن صدقها أو أقامت البينة على أنه ولد على فراشه بشهادة القابلة أو امرأة أخرى من أهل العدالة ثبت النسب منها معاً .

وبهذا يظهر الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا وإقرار الرجل بذلك . فيصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادته له [3] دون الرجل عند الحنفية بلا خلاف .

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٥

(٢) وأقل فرق بين السنين تصدق المرأة معه في إقرارها تسع سنوات وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه الفتاة في دعوى البلوغ تسع سنوات عند الحنفية .

(٣) لأن الأقرار المجرد بالولادة من الزنا لا يثبت النسب لأمه بل لا بد من اثبات ولادتها له .

وعنـد الجعفرية على الخـلاف ، لأن ولادته واقعة محسوسة لا يمكن إنكارها .

الأقرار بالأبوة أو الأمومة :

وكما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنوة الولد يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين ، أو بأمومة امرأة معينة ، وتثبت الأبوة والأمومـة إذا توفرت شروط ثلاثة .

١ – أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم .

٢ – وأن يولد مثله لمثل المقَر له منهما .

٣ – وأن يصدقه المقَر له مطلقاً ، لأنه لا يكون إلا كبيراً أو كبيرة .

ويزيد إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا ، أما إذا صرح في إقراره بالأمومة بأنها أتت به من سفاح ، وتوفرت الشروط الثلاثة السابقة ، وأثبتت ولادته من الزنى ثبت نسبه منها

ومما ينبغي ملاحظته هنا . أن المقر بالنسب إذا أنكر أنه أقر فأقام المستفيد من هذا الأقرار بينة على إقراره ثبت ذلك الأقرار بتلك البينة وثبت النسب بذلك الأقرار .

الثاني : وهو أقرار الشخص بالنسب على الغير ، ويكون بالأقرار بالنوع الثاني من القرابة ، ويسمى الأقرار بفرع النسب . كالأقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد .

فإذا قال : هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه ، لأن معناه هذا ابن أبي ، وإذا قال : هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده ، لأن معناه هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات .

وهذا الأقرار يتضمن أمرين .

١ ـ تحميل النسب على الغير .

٢ ـ استحقاق المقَر له في مال المقَر عليه بعد وفاته .

والأقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره فلا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير فيرد إقراره بالنسب فلا يثبت به نسب المقر له على ذلك ، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقَر له في ذلك الأقرار ، لأنه متهم في هذا التصديق حيث يجر إليه نفعاً لا يوجد بدون الأقرار .

ولا يثبت النسب إلا بأحد أمرين :

أولهما : أن يصدقه المقَر عليه بالنسب ، ويكون هذا التصديق من النوع الأول من الأقرار ، وهو الأقرار على النفس ، ولا يكون لأقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقراراً مبتدأ بالنسب ، لأنه لو أقر به ابتداء ثبت إذا توفرت شروطه .

ثانيهما : إذا أقام المقر بينة على دعواه أو صدقه ورثة المقَر عليه بعد وفاته، لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالأقرار ، وهو النوع الثالث من مثبتات النسب .

وإذا لم يكن للأقرار على الغير أثر في ثبوت النسب جاز له الرجوع عنه بعد صدوره منه .

وإذ ثبت على إقراره قُبل في حق نفسه فيعامل بمقتضى ذلك الأقرار في الحقوق المالية إذا توافرت بقية شروط صحة الأقرار من كون المقر له مجهول النسب ، وكونه مما يتصور أن يولد مثله لمثل المقر عليه ، وأن يصدق المقر له

المقر في هذا الأقرار . فلو كان المقر له عاجزا عن الكسب ولا مال له لزم المقر نفقته إن كان موسرا .

فإذا مات من يرثه المقِر بالقرابة النسبية وورث منه شاركـه المقَر له في نصيبه عند الحنفية والمالكية والحنابلة والجعفرية على اختلاف بينهم في مقدار المشاركة [1] .

فالحنفية يقاسمه نصيبه ، والجعفرية في أصح القولين عندهم أنه يأخذ مقدار ما يستحقه من نصيبه ويسقط ما يستحقه من الآخرين ، لأن الأرث ثبت في حق المقر دون المنكر فعلى المقر أن يدفع ما فضل مـن ميراثـه لمن أقر له ويسقط حق المقر له في نصيب غير المقر .

فلو مات أبو المقر عن ولدين منهما هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقِر والمقر له بالأخوة عند الحنفية .

وعند الجعفرية يأخـذ غير المقر نصف التركة والابن المقر الثلث ، ويعطى المقر له السدس [2] .

وإذا مات المقر بهذا النسب ولم يوجد له وارث بأي سبب مـن الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفية ، لأنه لما بطل إقراره بهذا النسب بقي إقراره بالمال صحيحاً ، لأنه لا يعدوه إلى غيره إذا لم يكن له

---

(١) والشافعية يذهبون إلى أنه إن ثبت نسبه ورث في مرتبته ، وإن لم يثبت لا يرث لا بنسب ولا بغيره لأن إقرار المقر بالنسب باطل وهو أساس الأرث ، فإذا لم يثبت لا يثبت ما يترتب عليه ثم قالوا : إن هذا في الظاهر أي في القضاء ، وهل يلزمه ديانـة قولان أصحهما لا يلزمه ويوافقهم الظاهرية في ذلك .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٩ ويوافقهم المالكية والحنابلة في أصح الروايات . المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٢٧٧ طبعة المنار .

وارث معروف ، ولذلك جعلوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة إذا لم يكن له وارث أصلا ، وباقيها بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين [1] .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية في الميراث قبل صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٣٣ ، فلما صدر ذلك القانون عدل عن مذهب الحنفية في بعض الأحكام ومنها هذا الحكم حيث لم يجعله وارثا عملا بمذهب المانعين لأرثه ، وإنما جعله مستحقاً للتركة احتراماً لأرادة المقر ، وتحقيقاً لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحد الضرر من تنفيذ إرادته ، لأن هذا الأقرار يؤول في نهايته إلى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها ، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث ، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شبهاً بالميراث منه بالوصية ، لذلك قدم على الوصية بما زاد على الثلث ، وشرط في المقر له ما يشترط في الوارث لاعتباره إرثاً عند بعض الفقهاء ، فيجب لثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الأرث وعدم وجود مانع من موانعه ، فلو قتل المقر قتلا مانعاً من الأرث أو كان مخالفاً له في الدين لا يستحق شيئاً من التركة .

جاء ذلك في المادة ـ ٤١ ـ من هذا القانون ونصها : « إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له كل التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره ، ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حيا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتاً ، وألا يقوم به مانع من موانع الأرث » [2] .

---

(١) شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .

(٢) راجع كتابنا : أحكام المواريث بين الفقه والقانون ص ٣١٥ ، ص ٣١٦ .

الفرق بين الأقرار بالبنوة والتبني :

إن الأقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابناً له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش لا فرق بينهما إلا في طريق الأثبات تثبت له كافة الحقوق الثابتة للابناء من النفقة والأرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه ، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه ، فالظاهر يصدقه ، والله يتولى سرائره .

أما التبني فهو استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة .

وهذا النوع هو الذي كان في الجاهلية ، وقد كانوا يجعلونه كالأبن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه .

فلما جاء الإسلام أبطله وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها يقول الله تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما » الأحزاب ـ ٤ ، ٥ .

ومع أن هذا التبني كذب وافتراء على الله والناس كما صرح القرآن بذلك يؤدي إلى مفاسد كثيرة .

منها : أنه يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهم رابطة مشروعة ، فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محللات له .

ومنها : أنه يحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم إن كان محتاجاً إليها ، ويشاركهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه .

وقد يستعمل وسيلة للحرمان منه . بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى أبنا ليرث ماله ويحرم منه أصحاب الحق في الميراث بشرع الله من أخوة وأخوات فيغرس بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر ، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها .

ولو لم يكن في التبني من هذه المفاسد إلا إحداها لكان خليقا بالألغاء والأهدار .

وإذا كان الشارع قد حرم التبني لما فيه من المفاسد وأغلق بابه فلم يغلق باب الأحسان بل فتحه على مصراعيه ، وجعل للشخص إذا وجد طفلا بائساً محروماً ممن يقوم بشأنه ويتولاه برعايته أن يأخذه ليربيه وينفق عليه ليمسح بيده الرحيمة عن هذا المخلوق آثار البؤس والفاقة ، كما لم يمنعه من أن يهبه بعض ماله أو يوصى له ببعضه إذا لم يبلغ الغاية من التربية دون أن يلحقه بالنسب إليه ، ودون أن يجور بفعله على حقوق أبنائه أو أقاربه .

المبحث الثالث

في البينة

كما يثبت النسب بالأقرار بشروطه السابقة يثبت النسب بالبينة ، بل هي أقوى من الأقرار ، لأنها حجة متعدية إلى الغير ، والأقرار حجة قاصرة تقتصر على المقر كما سبق .

ولذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة .

فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه ، وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الأقرار ، فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر ، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالأقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه [1] .

والبينة التي يثبت بها النسب هنا هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا ادعى رجل : أن فلانا ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه أو جده أو ابن ابنه وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى فأقام المدعي البينة [2] على دعواه قبلت هذه الدعوى وثبت النسب وترتبت كل الحقوق والأحكام التي تبنى على هذا النسب بعد توافر الشروط المصححة لتلك الدعوى وقد قدمناها في الأقرار .

وعند الجعفرية لا تثبت دعوي النسب إلا بشهادة رجلين عدلين ، ولا تقبل

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٢٥٤ .

(٢) إن الأصل في الشهادة أن تكون عن معاينة الشهود للمشهود عليه أو سماعه به نفسه إن كان مسموعا ، لكن الحنفية أجازوا الشهادة بالسماع استحسانا وإن لم ير الشهود ما شهدوا عليه أو يسمعوه بأنفسهم إذا أخبرهم به من يثقون بهم ، ومن هذه الأمور النسب ، لأن هذه الأمور لا يطلع عليها كل الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمان ، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسماع لتعطلت الأحكام ، ولكن ما المراد بالتسامع ؟ يرى أبو حنيفة أنه اشتهار النسب بين الناس ويستفيض بينهم ، لأن مثل ذلك يوقع في القلب التصديق بما يسمع ، والصاحبان يكتفيان بالسماع من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة .

وقد مال بعض الفقهاء إلى اختيار قولهما ، لأن القاضي يحكم بشهادة رجلين ولو لم ير المشهود به أو يسمعه بنفسه

وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل وهذا مثله . فتح القدير جـ٦ ص ٢٠ ومابعدها.

شهادة النساء لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال، كما تثبت بالاستفاضة . وهي أن يشتهر الانسان عند جماعة يقيم بينهم بأنه ابن فلان بحيث إذا سئل عنه منسوبا إليه دلّ عليه وأن يسجل اسمه بهذا السبب [1]

ومما يلاحظ هنا : أن دعوى النسب تقبل مجردة في بعض الحالات ، ولا تقبل في بعضها إلا إذا كانت ضمن حق آخر على التفصيل الآتي .

فإذا كانت بأصل النسب وهو الأبوة والبنوة . فإن كانت حال حياة الأب أو الأبن سمعت الدعوى مجردة بالنسب ، ويجري الأثبات على النسب قصداً ، وأولى أن يقبل ضمن حق آخر كالنفقة والميراث .

وإن كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الأبن فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالا ، لأنها دعوى على ميت وهو غائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً .

أما إذا كانت ضمن حق آخر كدعوى الميراث مثلا ، فإنها تقبل لأن النسب هنا ليس مقصوداً لذاته بل هو وسيلة لأثبات الحق المتنازع فيه ، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من بيده التركة .

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب كالأخوة والعمومة مثلا فلا تسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال حياً كان المدعى عليه بالنسب أو ميتاً ، لأن هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير ، ولا يثبت النسب إلا إذا ثبت من الغير أولا وهو الأب أو الجد فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للمدعي ، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والأرث .

---

(١) فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٣٠٩ .

فإذا ادعى النسب مجرداً عن حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود له فلا تقبل ، وإن كانت ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب . كالنفقة أو الميراث كانت دعوى مقبولة سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لأن المقصود الأصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، والخصم هنا من بيـــده التركة ، فيقضي له بالحق الذي يدعيه ويثبت النسب ضمناً وتبعاً .

كما يلاحظ أيضا : أن هذه الطرق الثلاثة ليست كلها في مرتبة واحدة ، بل إن الفراش هو السبب الحقيقي للنسب لأنه المنشيء له ، أما الأقرار والبينة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقي وهو الفراش ، لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة فراش .

الفصل الثالث

في اللقيط وأحكامه

اللقيط : مولود حيّ نبذه أهله لسبب من الأسباب . كخوف العيلة أو الفرار من تهمة الزنا أو ما شاكل ذلك ، وتوسع فيه الجعفرية فقالوا : هو كل آدمي ضائع لا كافل له ولا يقدر على دفع الضرر عن نفسه صبياً كان أو مجنونا .

حكم التقاطه : والتقاط اللقيط مندوب إليه شرعاً يثاب فاعله إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك ، فإن غلب على الظن هلاكه لو تركه كان التقاطه فرضاً عليه بحيث يأثم إذا لم يأخذه ، لأنه مخلوق ضعيف لم يقترف إثماً يستحق عليه الأهمال ، وإنما الأثم على من طرحه أو تسبب في وجوده من طريق غير مشروع .

الأحق به : وملتقطه أحق الناس بأمساكه وحفظه ؛ لأنه الذي تسبب في إحيائه ، وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إذا تبين أنه غير صالح للقيام برعايته .

وإذا التقطه أكثر من واحد وتنازعوه فالأحق به أرجحهم بالأسلام أو

القدرة على حفظه وتربيته ، فإن تساووا وضعه القاضي عنـــد أصلحهم رعاية لشئونه في نظره .

والأسلام الذي حرم التبني عني بهذا اللقيط: فأوجب التقاطـه وحرم إهماله وتضييعه ، واعتبره مسلما حراً إذا وجد في دار الإسلام أو التقطه مسلم من أي مكان .

فإن التقطه ذميّ في مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملا بهذه القرائن التي ترجح ولادته لغير المسلمين ... **والجعفرية يعتبرونه مسلما على كل حال .**

ومع اعتباره مسلماً إذا وجد في دار الإسلام لو ادعى ذمي أنه ابنه وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالاً للبينة ، لأن الأصل أن من يولد في دار الإسلام يكون مسلماً تبعاً للدار إلا إذا قام الدليل على خلافه

أما إذا لم يقم البينة وتوفرت شروط الأقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان مسلماً تبعاً للدار ، لأن الأقرار حجة قاصرة كما قلنا فيعمـل به في ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لا يعارضها شيءباتفاق الحنفية والجعفرية .

أهليته للملك : واللقيط أهل للملك لأنه حر ، فإذا وجد معه مال فهو ملك له ، لأنه صاحب اليد عليه ، وكان على الملتقط المحافظة على هذا المـــال ، ولا ينفق منه عليه شيئاً إلا بأذن القاضي صاحب الولاية عليه ، لأن الملتقط لا يملك من أمره إلا الحفظ والرعاية ، وما ينفقه عليه من ماله بغير الأذن يكون متبرعا به إلا إذا أشهد حين الأنفاق أنه سيرجع به عليه .

وقال الجعفرية : إذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه مـــع إمكانه الاستعانة على النفقة بالحاكم أو بالمسلمين كان متبرعاً ، فإذا تعذر عليه الرجوع إلى الحاكم والاستعانة بالمسلمين وأنفق عليه من مال نفسه رجع على اللقيط بعـد يساره إذا نوى عند الأنفاق الرجوع عليه .

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه تبرعا فنفقته في بيت مال المسلمين ، ويوجد في مصر قسم من موارد الدولة يطلق عليه اسم (بيت المال) يضم الأموال التي لا مالك لها والتركات التي لا وارث لهـــا مخصص للأنفاق منه على اللقطاء ، لأن اللقيط إذا مات ولم يعرف له وارث فتركته لبيت مال المسلمين ، فيكون في الأنفاق عليه من هذا القسم مقابلة للغرم بالغنم .

وإذا لم يكن للملتقط على اللقيط ولاية التصرف في المال الذي وجده معه إلا بإذن القاضي فإن له عليه ولاية المحافظة عليه وعلى هذا المال ، ويقبض عنه مـا يوهب له أو يتصدق به أهل الخير عليه ، ويشتري له ما يلزمه مـــن طعام وكسوة .

كما أن له ولاية تربيته وتعليمه بأن يـ ـا مدرسة ليتعلم فيها إن كان يقدر على ذلك وكان عند اللقيط رغبة في التعليم واستعـداد له ، فإن لم يمكن ذلك كان عليه أن يعلمه حرفة أو صناعة تكون سبيلا لتكسبه في المستقبل لئـــلا لئلا يكون عالة على المجتمع .

نسب اللقيط : إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الأقرار السابقة . يستوي في ذلك ملتقطه وغيره ، ويصبح بعد ذلك إبناً حقيقياً له .

وإذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منهما الملتقط رجح الملتقـط إلا إذا أقام غيره بينة على دعواه لأن البينة أقوى من الأقرار .

وإذا ادعاه اثنان ليس منهما الملتقط رجح أسبقهما دعوى إلا إذا أقام المتأخر البينة ، وإذا لم يسبق أحدهما الآخر رجح من أقام بينة .

فإن لم تكن لهما بينة أو أقام كل منهما بينة رجح من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبقت يده إليه ، فإن تساويا ولا مرجح لأحدهما فمحافظة عـلى

النسب من الضياع ينسب إلى كل منهما وإن كان الواقع أنه ليس ابناً لهما معاً ، ولكن معاملة لهما بأقرارهما ، فيثبت له على كل منهما الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من النفقة وغيرها ، وله حق الأرث من كل منهما ميراث ابن كامل ، ولو مات اللقيط ورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية .

وذهب الجعفرية : إلى أنه عند تساويهما يقرع بينهما [1] ، فمن خرجت له القرعة ثبت نسبه منه .

وأذا ادعت المرأة بنوة اللقيط : فإن كان لها زوج وصدقها أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بينة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منها .

وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية .

والفرق بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة ولا تقبل دعواها إلا ببينة . أن في ثبوت النسب للرجل المدعي دفعاً للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف ، ولا يوجد ذلك في دعوى المرأة ، لأنه ينسب إليها من أتت به من طريق مشروع وغير مشروع [2] .

والجعفرية يسوون بينهما في ثبوت النسب فقالوا : إذا ادعته المرأة ولم

---

(١) وقريب من هذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أنه لا يثبت نسبه من كل منهما ، وإنما يرجع في ذلك إلى القائف وهو الذي يعرف الشبه فيقول : إن هذا الولد يشبه هذا الرجل .

وقولهم وقول الجعفرية أقرب إلى القبول من قول الحنفية الذين لم يأخذوا بالقرعة ولا بشهادة القائف واستندوا إلى ما أثر عن عمر رضي الله عنه أنه قال في مثل هذا : « إنه ابنهما يرثهما ويرثانه » البدائع جـ ٦ ص ٢٠٠ .

(٢) ولذلك قلنا فيما سبق أنها لو ادعت أنه ابنها من سفاح صدقت في ذلك ونسب إليها إذا أثبتت ولادتها له بقول امرأة من أهل الشهادة ، ولا تقبل دعواه بذلك . .

يصدقها الزوج ولم تكن لها بينة ألحق بها خاصة لاتحاد السبب وهو الأقرار ، والأقرار من العاقل على نفسه مقبول لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك [1] .

هذا والذي يجري عليه العمل في جمهورية مصر العربية : أن الرجل الذي يجد لقيطاً ولا يرغب في تربيته يسلمه إلى رجال الأدارة مـــن الشرطة لتقوم بالتحريات عنه ، فإذا لم تجد له أهلا سلمته إلى بيت مـــن بيوت اللقطاء لتقوم برعايته وتربيته ، ومن أراد أن يأخذ لقيطاً ليتولى تربيته أجيب إلى طلبه متى كان قادراً على ذلك مع أخذ التعهد عليه بالقيام بواجباته دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الموجودة بين الآباء والأبناء .

....

(١) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ١٣٣ .

الباب الثاني

في الرضاع [1]

وفيه فصلان

قدمنا الكلام عن الرضاع من ناحية كونه سبباً من أسباب تحريم الزواج .

ونتكلم عنه هنا باعتباره حقاً للطفل المنسوب لوالديه بمجرد ولادته بسبب من أسباب ثبوت النسب السابقة .

(١) من مراجع هذا البحث . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، فتح القدير ج ٣ ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٢ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٤٤ وما بعدها ، اللمعة الدمشقية بشرحها ج ٥ ص ٧٥٢ وما بعدها ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣١ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية .

الفصل الأول

في وجوب الرضاع للرضيع ، وعلى من يجب ؟

يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير » البقرة – ٢٣٣ .

ويقول جل شأنه في شأن المطلقات : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » الطلاق ٦ .

في هاتين الآيتين وضع المولى سبحانه الأسس التي تقوم عليها أحكام الرضاع ، ومنهما استنبط الفقهاء أكثر أحكامه ، وفيهما توزيع لمسئولية الرضاع بين الأب والأم ، فكل منهما يقوم بما يستطيعه دون مضارة لأحدهما ، فالأم بلبنها الذي أجراه الله في ثديها غذاء لطفلها وهو أنسب غذاء له في هذه الفترة بعد أن تغذى بدمها فترة الحمل ، والأب بالأنفاق عليها ليدر لبنها .

ثم رفع الجناح عن إرضاع الأجنبيات إذا ما تعذر إرضاع الأم ، وقد كان هذا عرفاً شائعا عند العرب قبل الإسلام يسيرون عليه راضية به نفوسهم ، فلم يعرض له بالألغاء كما ألغي غيره من الأعراف بل أقره وفوضه لأرادة الآباء مع التصريح برفع الجناح عنهم في ذلك .

وتفتتح الآية الأولى بجملة خبرية تحمل معنى الأمر « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فنظراً لخبريتهاتفيد أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ، ونظراً لمعنى الأمر فيها تفيد أنه واجب عليها لا تستطيع تركه إلا إذا منعها من ذلك مانع كمرض ونحوه ، ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في وجوب الرضاع على الأم ، وفي هذا يقول القرطبي في تفسيره : « واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل ... وبعد كلام يقول مبينا مذهب إمامه مالك : ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد صار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

وإن نظرة عامة في مذاهب الفقهاء يجدها متفقة على أنه واجب على الأم في بعض الحالات ، وغير واجب عليها في حالات أخرى مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لا يزا[illegible] غيرها في استيفائه إذا أرادت ما لم يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب ، لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له مما عداه لأنه يلائم جسمه الذي تغذى به دماً وهو جنين في بطنها .

وإليك تلخيصا لآرائهم نتبعه بتفصيل لمذهبي الحنفية والجعفرية .

اتفق الفقهاء على أن الرضاع واجب على الأم ديانة في جميع الحالات سواء كانت زوجيتها قائمة أو انتهت . بمعنى أنها مسؤولة أمام الله عن ذلك بحيث تأثم لو امتنعت عنه وهي قادرة عليه .

واختلفوا بعد ذلك في وجوبه عليها قضاء . أي أن القاضي يجبرها عليه إذا امتنعت عنه بدون عذر .

فيرى مالك في المشهور عنه : أنه واجب عليها قضاء إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي كما هو واجب ديانة لظاهر الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة إلا إذا كانت ذات ترفه لم يجر عرف قومها بارضاع نسائهم أولادهن لأن هذا كان في الجاهلية ولم يغيره الإسلام ، ولأنها تتضرر حينئذ بألزامها بالأرضاع إلا إذا تعينت للأرضاع بأن كان الطفل لا يقبل إلا ثديها فانها تجبر عليه محافظة على الصغير من الهلاك وهو ضرر أكبر من تضررها بالأرضاع تجبر حتي ولو كانت مطلقة بائنا .

والشافعية والجعفرية : يوجبون عليها أن ترضعه أول لبنها المسمى باللباء ، لأن الولد يقوى وتشتد بنيته به ، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعده يستوي في ذلك أن تكون زوجة أو أجنبية إلا إذا تعينت بأن لم يوجد من يرضعه غيرها أو لم يقبل الطفل غير ثديها فيتعين عليها الأرضاع .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجب عليها ديانة لا قضاء ، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر قضاء عليه إلا في حالات ثلاث .

١ - إذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعا ولم توجد متبرعة بارضاعه .

٢ - إذا لم توجد من ترضعه غيرها بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب أو الإبن مال .

٣ - إذا وجدت المرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه .

ففي هذه الحالات يتعين عليها الأرضاع وتجبر عليه قضاء حتى لا يتعرض الطفل للهلاك .

وفي غير تلك الحالات إذا قامت الأم بارضاعه فبها ، وإن امتنعت عنه بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الرضاع حق للأم كما هو للولد ، ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضي الأجبار عليه وهو المحافظة على حياة الطفل كما في الصور الثلاث السابقة .

ومن جهة أخرى إن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها ، وهي لا تمتنع عن إرضاعه إلا لعدم قدرتها عليه ، فاجبارها حينئذ يلحق الضرر بها ، لأنها ستفعل ما لا قدرة لها عليه أو تتضرر به، وقد نفى الله عنها الضرر بسبب ولدها « لا تضار والدة بولدها » .

وفي هذه الحالة يجب على الأب أن يستأجر له مرضعا [1] تقوم بارضاعه حفظا له من الهلاك .

فإن لم يقم الأب باستئجار المرضعة كان للأم أن تطالبه بالقيام بذلك أو بدفع أجرة الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المرضعة محافظة على الولد .

هل تسقط حضانة الأم بذلك ؟

وامتناع الأم عن الأرضاع لا يسقط حضانتها لأنها حقان منفصلان لا يلزم من سقوط أحدهما سقوط الآخر ، وعلى الأب في هذه الحالة أن يتفق مع المرضعة على القيام بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة ، كأن تقوم

---

(١) وتسمى بالظئر بالكسر وهي في اللغة . الناقة تعطف على فصيل غيرها ، ثم أطلق على المرأة الأجنبية تحضن ولد غيرها وترضعه كما يطلق على الرجل الحاضن أيضا وجمعه أظآر .

بأرضاعه عند أمه أو بنقل الولد إليها في أوقات الرضاعة ثم يرد إلى أمه ، فإن لم يتفق معها على شيء من ذلك كان عليها أن تذهب إلى حيث يوجد الطفل عند حاضنته سواء كانت هي الأم أو غيرها لتستطيع الحاضنة القيام بما تقتضيه الحضانة .

وإذا كان للأب الحق في استئجار المرضعة عند امتناع الأم فليس معنى ذلك أنه يتحكم في أمر الأرضاع ويمنع الأم منه إذا رغبت فيه بعد الامتناع عنه ، لأن الأم حقها ثابت في الرضاع وهي أحق به من الأجنبية ، ولا يملك الأب منعها منه ما لم يلحقه ضرر منه بأن كانت الأم تطلب أجراً عليه — حينما تستحق تستحق الأجر - بينما توجد متبرعة به ، أو تطلب أكثر مما تطلبه المرضعة، لأن القرآن كما نفى الأضرار بالأم نفاه أيضا عن الأب « ولا مولود له بولده » ، وليس في منعها إضرار بها لأنها التي أساءت استعمال حقها بطلب الأجر أو الزيادة ، وفي هذه الحالة يقال للأم : إما أن ترضعيه مجاناً أو بمثل الأجر الذي قبلته المرضعة أو تسليمه لها لترضعه وهي بالخيار .

لكن يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأم مريضة بمرض يخشى على الطفل منه أو ثبت بالتحليل الطبي أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب . ففي مثل هاتين الحالتين يكون للأب منع الأم من إرضاعه وإعطاؤه للمرضعة محافظة عليه ومنعا للضرر عنه .

وإذا سقط حق الأم في الرضاع كان على المرضعة أن توفي بما التزمت به .

فإن كانت متبرعة وأرضعته فترة ثم رغبت في إنهاء تبرعها أجيبت إلى ذلك لأنها محسنة ، وما على المحسنين من سبيل . إلا إذا كان الطفل لا يقبل ثدي غيرها فإنه يلزمها إرضاعه إلى أن يستغني عن الرضاع حتى لا يلحقه ضرر، ويجب

لها أجر مثلها في المدة الباقية لأنها أنهت تبرعها .

وكذلك إذا كانت ترضع بأجر وانتهت المدة المتفق عليها ولم يستغن الطفل عن الرضاع أجبرت على مد الأجارة لمدة أخرى تكفي لاستغناء الطفل عن الرضاعة إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها دفعاً للضرر عن الرضيع، وهي لا يلحقها من ذلك ضرر حيث يجب لها أجر المثل عن المدة الثانية .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأم لا يجب عليها إلا إرضاع أول اللبن وهو اللباء لكن في نظير أجر [1] من مال الطفل إن كان له مال ، وإلا فعلى الأب وإن علا جمعاً بين الحقين . قالوا : وإنما وجب عليها ذلك لأن الولد لا يعيش بدون رضاعة هذا الجزء من اللبن .

وبعد ذلك لا يجب عليها إلا إذا تعينت له ، لكن يستحب للأم أن ترضعه طوال المدة المعتبرة في الرضاع لأن لبنها أفضل من لبن غيرها ، لأنه أوفق بمزاجه لتغذيه به في الرحم دما .

وهي أحق بإرضاعه بأجر إذا لم تطلب زيادة عما تطلبه غيرها ، فإذا طلبت زيادة على غيرها نزعه الأب منها وأعطاه لغيرها ، وكذلك لو وجدت متبرعة بالرضاع ولم ترض الأم إلا بالأجر .

وهل تسقط حضانتها بذلك أولا ؟ قولان عندهم أقواهما بقاء الحضانة لها ، وتقوم المرضعة بأرضاعه عندها ، أو يحمل الطفل إليها للأرضاع في أوقات

---

(١) قالوا : ولا منافاة بين وجوب الفعل واستحقاق عوضه كبذل المال في المخمصة (المجاعة) للمحتاج فلا وجه للقول بعدم الأجرة لأنه واجب عليها ، لأن الوجوب للعمل وهو الأرضاع ، وأخذ الأجر عن " ال وهو اللباء فلا منافاة ، وتسمية المال الذي هو عوض عنه اجرا مجاز ، راجع الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٢ .

منتظمة ، فإن تعذر هذا وذاك سقط حقها في الحضانة [١] .

وإذا استأجر الأب الأم للأرضاع فلها أن ترضعه بنفسها أو بغيرها إذا لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها .

ولو ادعى الأب وجود متبرعة وأنكرت الأم ذلك فالقول قول الأب لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجرة [٢]

(١) المرجع السابق ص ٤٥٧ .
(٢) شرائع الأسلام ج ٢ ص ٤٥ .

الفصل الثاني

في أجرة الرضاع

والكلام في هذا الفصل يتناول الأمور الآتية :

١ — من التي تستحق أجرة على الرضاع ؟

٢ — متى يستحق الأجر ؟ .

٣ — المدة التي تستحق فيها أجرة الرضاع .

٤ — مقدار الأجرة — ٥ — وعلى من تجب ؟

١ — من التي تستحق أجرة على الرضاع ؟

فيرى الحنفية : أن التي تقوم بالأرضاع إما أن تكون الأم أو غيرها، والأم إما أن تكون زوجة لوالد الرضيع أو معتدة منه بطلاق بائن أو رجعي ، أو انتهت عدتها .

فإن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي فـــلا تستحق أجرة على الأرضاع مطلقاً سواء كان واجباً عليها أو لا ، لأن أجرة الرضاع ليست عوضاً

خالصاً بل هى أشبه بالنفقة ، لأن المقصود منها تغذية الأم ليدر لبنها الذي هو غذاء للصغير ، ولأن الأرضاع واجب عليها ديانة عندهم ، والواجب الديني لا يستحق عليه أجر ، ولأن نفقتها في هذه الحالة واجبة على الأب باعتباره زوجا أو مطلقا فلا يجمع لها بين نفقتين في وقت واحد ، لأنه غير معهود في الشرع .

وإن كانت معتدة من طلاق بائن ففي إحدى الروايتين في المذهب تجب لها النفقة ، لأن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن فأشبهت الأجنبية .

وفي الرواية الأخرى لا تجب لها النفقة على الأرضاع ، لأن زوجيتها وإن انقطعت بالطلاق البائن إلا أنها تجب لها النفقة على مطلقها والد الرضيع ما دامت في العدة ، فلو أوجبنا لها أجرة على الرضاع لكانت جامعة بين نفقتين في وقت واحد .

وفقهاء المذهب وإن اختلفوا في الترجيح لتلك الروايتين إلا أن الفتوى على الثانية وهي التي تمنع وجوب النفقة ، والعمل في القضاء في مصر يسير عليها لقوة دليلها من جهة ، وللتيسير على الأب وعدم الأضرار به من جهة أخرى وبخاصة إذا لاحظنا أنها تستحق أجرة على حضانة الطفل ، ولأن شبهها بالأجنبية الذي استندت إليه الرواية الأولى لا تأثير له في هذا الموضع ، لأن الأجنبية ليست لها نفقة على والد الرضيع غير أجرة الرضاع فقياسها عليها قياس مع الفارق .

أما إذا انتهت عدتها فتستحق الأجرة قولا واحدا سواء كانت متعينة للأرضاع أو لا ، لأنها أصبحت أجنبية من كل وجه وارتفعت نفقة عدتها لقوله تعالى في شأن المطلقات : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » الطلاق ـ ٦ .

وإذا كان المانع من وجوب أجرة الرضاع للمعتدة هو استحقاقها نفقة للعدة على والد الرضيع وقد قدمنا أن المعتدة لا تستحق نفقة لأكثر من سنة بالمادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث منعتها من المطالبة بنفقة

لعدتها بعد مرور سنة على الطلاق . فيكون عدم استحقاق الأجرة على الرضاع للمطلقة مرتبطاً بوجوب النفقة لها لا بكونها معتدة

وعلى هذا إذا قامت بالأرضاع لا تستحق أجراً عليه مدة سنة ، وبعد انقضائها تستحق الأجرة إلى أن تنتهي مدة الرضاع ، لأنها صارت في حكم التي انقضت عدتها .

وكذلك لو كانت أسقطت نفقة عدتها في مقابل طلاقها منه يكون حكمها كحكم من انقضت عدتها في استحقاق الأجرة لانقطاع نفقتها من الأب ، وكذلك التي تزوجت بدون عقد موثق فإنها لا تستحق نفقة على زوجها إذا لم يعترف بالزوجية كما تقضي به المادة التاسعة والتسعون من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

أما الجعفرية : فإنهم يوجبون لها أجرة الرضاع في جميع الحالات سواء كانت زوجة أو معتدة أو أجنبية حتى أنهم أوجبوا لها الأجرة على إرضاعها أول اللبن الواجب عليها أرضاعه كما سبق .

٢ ـ متى تستحق المرضع الأجر على الرضاع ؟

إذا كانت المرضع هي الأم فإنها تستحق الأجر بمجرد الأرضاع ، ولا يتوقف استحقاقها على سبق اتفاق بينها وبين الأب ولا على قضاء القاضي به ، ويكون الأجر المستحق هو أجر مثلها إلى أن يتفقا على قدر معين ، وتكون ديناً على الأب لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء منه ، فلو ماتت الأم قبل قبضه كان لورثتها حق المطالبة به باعتباره جزءاً من تركتها ، ولو مات الأب قبل قبض الأم له أخذ من تركته كسائر الديون ، وكذلك لا تسقط بموت الرضيع .

وإنما استحقت الأم الأجر دون توقف على اتفاق سابق لأن القرآن رتب الأجر على الأرضاع في قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فقد أمرت الآية بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيده بقيد آخر .

ولأن إقبال الأم على إرضاع وليدها قبل الاتفاق على الأجر لا يدل على أنها متبرعة به ، لأن عطفها وحنانها على وليدها هو الذي دفعها إلى الأرضاع ، ولا يعقل أن تراه يتلوى أمامها من الجوع وتتركه بدون ارضاع حتى يتم الاتفاق مع أبيه .

أما غير الأم فإنها لا تستحق الأجر بمجرد الأرضاع ، بل لا تستحقه إلا من وقت الاتفاق ، لأنها مستأجرة للأرضاع فلا تستحق الأجرة إلا من يوم العقد .

٣ - مقدار المدة التي تستحق فيها أجرة الرضاع

لا تستحق الأم أجرا على الرضاع لأكثر من سنتين باتفاق الحنفية [١] والجعفرية حتى ولو زاد إرضاع الطفل عن هذه المدة لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعلت الآية تمام الرضاع كال الحولين وليس بعد التمام زيادة .

فلو زاد عن الحولين لا تجب أجرة على الزيادة وإن جاز ذلك الرضاع . وقيد الجعفرية الزيادة بشهر أو شهرين [٢] .

ولو اتفق الأب والأم على انقاص المدة عن الحولين جاز إذا كان في ذلك مصلحة الرضيع لقوله تعالى : « فإن أرادا فصالاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما » .

لكن الجعفرية يقولون : لا يجوز نقصان المدة عن أحد وعشرين شهراً أخذا من الآية « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » قالوا : فإذا انقضى منها تسعة أشهر مدة الحمل المعتادة بقي أحد وعشرون شهراً [٣] .

---

(١) هذا بالاتفاق بين الأمام وصاحبيه رغم اختلافهم في مدة الرضاع فأبو حنيفة ثلاثون شهراً وصاحباه سنتان فقط .

(٢) شرائع الأسلام ج ٢ ص ٤٤ ، اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٥٦ .

(٣) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣١١ .

٤ - مقدار أجرة الرضاع :

مقدار الأجرة التي تستحقها الأم في الحالات التي تستحق فيها الأجر هو ما اتفقت مع الأب عليه إذا اتفقا على شيء قبل الارضاع، وان لم يكن بينهما اتفاق على قدر معين فإنها تستحق أجر المثل وهو الأجرة التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع به، فإذا تنازعا قدره القاضي بذلك، فإن طلبت أكثر من ذلك لاتجاب إلى طلبها .

٥ - على من تجب أجرة الرضاع ؟

إذا كان للرضيع مال وجبت الأجرة في ماله، لأن رضاع الصغير هو غذاؤه، وغذاؤه من نفقته، والأصل في النفقة أنها تكون من مال الشخص، فإن لم يكن له مال فتكون على أبيه إن كان موسرا .

فإن كان معسرا وقادرا على الكسب أجبرت الأم على إرضاعه ويكون الأجر دينا على الأب يدفعه لها إذا أيسر، وإن كان معسرا عاجزا عن الكسب أو متوفى وجبت أجرة الرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف... » إلى أن قال « وعلى الوارث مثل ذلك » وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث نفقات الأقارب .

وعند الحنفية: يجب الأجر في مال الصغير، فإن لم يكن له مال فعلى الأب وإن علا، فإن لم يكن كانت على الأم لوجوب الإنفاق عليها عند عسر الأب [1] .

---

(١) اللمعة الدمشقية جـ ٥ ص ٤٥٦ .

الباب الثالث

في الحضانة [1]

وفيه فصول

---

(١) من مراجع هذا البحث نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٨ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ، البحر الرائق ج ٤ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ، شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٤٥ ، اللمعة الدمشقية وشرحها جـ ٥ ص ٤٥٨ . فقه الإمام جعفر جـ ٥ ص ٣١٤ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية ، مجلة المحاماة الشرعية

الفَصْل الأوَّل

في التعريف بها وأصحاب الحق فيها

الحضانة : بفتح الحاء وكسرها لغة ضم الشيء إلى الحضن. وهو الجنب (ما بين الأبط إلى الكشح) أو الصدر أو العضدان وما بينهما ،تقول : حضنت الشيء واحتضنته إذا ضممته إلى جنبك ، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها .

وشرعاً : هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره .

والحضانة – كما ترى – أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون والمحضون هو الطفل الصغير ، والحاضن إما امرأة أو رجل ، والصغير محتاج إلى الحضانة فهي في جانبه حق لأنه المنتفع بها ، ولأنه ليس أهلا للوجوب ، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه .

فهل الحضانة حق أو واجب ؟

إذا نظرنا إلى شخص معيّن كالأم مثلا نقول : إنها أحق الناس بحضانة

طفلها ما لم يمنع من ذلك مانع ، فإذا تمسكت به أجيبت إليه ، وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل ، وهذا يعني أنه حق لها ، وإذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه ، وإذا استعاضت عنه بشيء لا يصح ، وهذا يعني أنه واجب عليها .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إنه حق لكل من الحاضنة والمحضون وإن كان في جانب المحضون أقوى ، لأنه يجب توفره له في كل حال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات ، فإن لم يكن له إلا حاضنة واحدة تعين عليها فيكون واجباً لا مجرد حق .

وإن تعددت الحاضنات كانت حقاً لمن كانت في المرتبة الأولى لا يقبل منها إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به ممن تأهل للحضانة .

وعلى هذا نرى أن الخلاف الحكي بين فقهاء الحنفية من أنها حق للصغير فقط، أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بحاضن ومحضون ، لأن الحق ثابت لكل منهما وإن كان حقه أقوى ، لأنه محض حق لا يسقط بحال ، أما في جانبها فهو حق يقبل الأسقاط والتنازل عنه وقد يكون واجباً لا يقبل الأسقاط إذا تعينت له .

ويتفرع على كونها حقاً للصغير الأحكام الآتية :

١ - إذا تعينت الحاضنة أماً كانت أو غير أم أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت على الصغير حقه .

٢ - إذا خالعت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها وتتركه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي وإن ملكت إبطال حقها فيها فلا تملك إبطال حق الصغير.

٣ – إذا صالحت زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحاً باطلا ، لأنه يترتب عليه إسقاط حق الصغير ، ولذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة الدين صح ذلك الصلح لأن الأجرة حق خالص لها .

ويتفرع على كونها حقاً للحاضنة ما يلي :

١ – ليس للاب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضانتــه ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي ، لأن نزعه منهـا في هذه الحالة تفويت لحقها في الحضانة .

٢ – إذا كانت المرضعة غير الحاضنة وجب عليهـــا إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحاضنة بأن ترضعه عندها أو ينقل اليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته .

٣ – لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها ، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه .

ومذهب الجعفرية في كون الحضانة حقاً أو واجباً قريب من مذهب الحنفية. يقول العاملي في الروضة البهية : لا شبهة في كون الحضانة حقـــاً للأب والأم وسائر الأقارب مع عدمها ، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقـــاط حقه منها .

الأصل في الحقوق جواز الأسقاط ، ولذلـــك قالوا : لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به ، ولو امتنعا معاً فالظاهر إجبار الأب ، ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن حيث يستلزم تركهـــا تضييع الولد إلا أن

حضانته تجب كفاية كغيره من المضطرين [1] .

من يثبت له حق الحضانة على الصغير :

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزاً عن كل شيء فيحتاج إلى من يقوم بأموره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن يقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهذيب والصيانة عن الفساد ، فهو في طوريه محتاج إلى خدمة ، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لما لهن من الخبرة في هذه الأمور والصبر عليها جعله الشارع اليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة ، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع اليهم ، فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال .

ولما كانت الأم بطبيعتها أحنى على وليدها من غيرها فشفقتها لا تعد لها شفقة ، وعطفها لا يقاربه عطف جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات .

وبهذا مضى قضاء رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روى الإمام أحمد وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص : ان امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال : « أنت أحق به ما لم تنكحي [2] » .

---

(١) جـ ٥ ص ٤٦٤ ثم علق على ذلك بقوله : وفي اختصاص الوجوب الكفائي بذي الحق نظر ، وليس في الاخبار ما يدل على غير ثبوت اصل الاستحقاق ، اما كونه يقبل السقوط اولا فلا .

(٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٤٩ ، سبل السلام جـ٣ ص ٢٢٦ الحواء في الاصل البيت من الوبر .

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر فقال : « مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه» وفي رواية أخرى : « ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر » وكان ذلك بمحضر من كثير من الصحابة [1] .

وفي رواية ثالثة أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه ، وأنه رآه في الطريق فأخذه ، فلما ترافعا إلى أبي بكر قال : « ريحها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر » .

ويثبت هذا الحق للأم سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة أو غير معتدة ما دامت أهلا للحضانة ولم يمنع من حضانتها مانع كتزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم .

فإن ماتت أو منع من حضانتها مانع انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى الجدة لأم وإن علت درجتها، ثم إلى أم الأب وإن علت ؛ وإنما تأخرت مرتبتها عن الجدة لأم لأن قرابتها من جهة الأب وهو مؤخر عن الأم .

فإن لم توجد واحدة من الجدات انتقلت الحضانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن تكون للأخت لأب على الرواية الراجحة في المذهب ، وفي الرواية الأخرى أن الأخت لأب مؤخرة عن الخالة [2] .

---

(١) فتح القدير جـ٣ ص ٣١٤ .

(٢) وجه هذه الرواية الأخيرة أن الخالة أم كما جاء في الحديث ، ولأن الخالة أخت الأم

فإن لم توجد واحدة من الأخوات المؤهلات للحضانة انتقل الحق إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ، فإن لم يوجد منهن من تصلح للحضانة انتقل الحق إلى الخالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الخالة لأم ثم الخالة لأب ، فإن لم يوجد من الخالات من يصلح انتقل الحق إلى بنت الأخت لأب [1] ، ويجيء بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، فإن لم يوجد من تصلح انتقل الحق إلى العمات على الترتيب السابق

فإن لم يوجد من العمات من تصلح انتقل الحق إلى خالات الأم على الترتيب السابق ، ثم يليهن خالات الأب تقدم خالة الأب الشقيقة ثم خالته من الأم ثم خالته من الأب ، ثم عمات الأم على الترتيب السابق ، ثم عمات الأب كذلك على الترتيب السابق.

ومما يلاحظ هنا في هذا الترتيب : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتحاد الدرجة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ، ولأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب .

وأن الجدة مقدمة على الأخت مطلقاً ، لأن الجدة أعطف على الصغير من الأخت ، ولأن اتصالها بالصغير من طريق الولادة فهو كالجزء منها .

وأن القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقوتها بتعدد جهتها وتوفر الشفقة .

—وقرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، ووجه الرواية الأولى الراجحة . أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الخالة ، فإنها بنت الأب والخالة بنت الجد ، وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب عند التساوي في الدرجة ، وليست الأخت والخالة في درجة واحدة حتى تقدم الخالة عليها باعتبارها قريبة الأم ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الخالة أم » كان لترجيحها على ابني العم وهما علي وجعفر ابنا أبي طالب لما تنازعا ابنة حمزة وقضى به لزيد لما قال « وخالتها تحتي » .

(١) وفي رواية مرجوحة أن بنت الأخت لأب مقدمة على الخالات ، وجه الرواية الراجحة أن قرابة الخالة من جهة الأم ، وقرابة بنت الأخت لأب من جهة الأب وهما في درجة واحدة فتقدم قرابة الأم وهي الخالة على قرابة الأب وهي بنت الأخت لأب .

وأن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعمـة فرع الجدين أو أحدهما .

وإذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة ، أو وجدت ولم تكن أهلا لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقاً إن كان الطفل ذكراً ، وإلى العصبة المحارم إن كان أنثى ويرتبون كترتيبهم في الميراث فيقدم الأب ثم الجد لأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب . فهؤلاء تثبت لهم الحضانة بهذا الترتيب على الصغير مطلقاً ذكراً كان أو أنثى ، لأن كل هؤلاء من المحارم .

ويأتي بعد هؤلاء ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب بالنسبة للذكر،وليست لهما حضانة على الأنثى لأنها من غير المحارم ، والحضانة تمتد إلى سن المراهقـة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة .

فإذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار لها القاضي حسب رأيه ما يراه صالحاً لها فيضعها عند امرأة ثقة مأمونة إن لم يكن ابن عمها صالحاً مأموناً. وإن وجده صالحاً مأموناً ضمها اليه .

فإن لم يوجد للصغير عاصب مطلقـاً من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة أو وجد ولكنه ليس أهلا للحضانة انتقلت الحضانة إلى المحـارم من غير العصبـة ، وهم ذووا الأرحام الأقرب فالأقرب فتثبت للجـد أبي الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم،ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى الأقرباء من غير المحـارم كأولاد الخال وأولاد الخالة على أن لا يكون للرجال حضانة الإناث،ولا للأناث

حضانة للذكور ، لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على الضم مفسدة .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان الرأي للقاضي يضمه إلى رجل أو امرأة ممن يثق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل .

والعمل يجري في مصر على أن الصغير إذا لم يكن له أقارب مطلقاً يضم إلى دار من دور رعاية الأيتام .

ويلاحظ هنا أنه إذا تعدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء وكانوا في درجة واحدة وقوة واحدة كأخوة أشقاء أو أعمام أشقاء أو خالات شقيقات أو أخوات شقيقات قدم أصلحهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فإن تساووا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساووا فيه فأسنهم لأنه يكون أكثر تجربة من غيره . هذا هو مذهب الحنفية في من له حق الحضانة

أما الجعفرية : فإنهم لا يفصلون بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يثبتونها أولاً للأم ثم للأب ، فإن لم يكونا أو كانا فاقدي الأهلية للحضانة انتقلت إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا في بعض صوره .

فالحضانة مشتركة بين الأم والأب في حالة قيام الزوجية ، فإذا كانت الأم مطلقة فهي أحق بها من الأب مدة عامين للذكر وهي مدة الرضاعة ، وللأنثى سبع سنين وقيل تسع ، وقيل هي أحق بها ما لم تتزوج والأول أظهر ، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب ، فإذا مات الأب أو فقد أهليته للحضانة عادت إلى الأم وهي أولى بها من الجد ، ولو ماتت الأم أو فقدت أهليتها قبل انقضاء مدة حضانتها انتقلت الحضانة إلى الأب إن كان موجوداً ، وما دام الأب موجوداً

فلا حضانة لغيره ، فلو كان غير موجود بقيت الحضانة للأم ولو تزوجت [١] .

فإن مات أو فقد أهليته انتقلت بعده إلى الجد أبي الأب على رأي ، لأنه أب في الجملة فيكون أولى، ولأنه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانة [٢].

فإن لم يكن الجد موجوداً أو وجد وكان فاقد الأهلية انتقل الحق للأقارب مرتبين ترتيب الإرث على المشهور لآية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » الأنفال– ٧٥ .

فالجدة لأب أو لأم وإن علت أولى من العمة والخالة ، كما أنها أولى من بنات لعمومة والخئولة ، وكذا الجدة الدنيا والعمة والخالة أولى من العليا منهن ، وكذا ذكور كل مرتبة ، فتقدم الأخوات ثم أولاد الإخوة والأخوات ، ثم لخالات والأخوال والعمات والأعمام ، ثم لأولاد الأعمام والأخوال ، ثم خالات الأم وخالات الأب وعماتها وعماته .

فإن اتحد الأقرب فالحضانة له ، وإن تعدد أقرع بينهما لما في اشتراكهما من الأضرار الولد ، ولا ينظر إلى مرجح لأحدهما على الآخر ، وإن اجتمع ذكر

---

(١) فإن تزوجت والأب موجود سقطت حضانتها للنص والإجماع ، فإن طلقت عادت الحضانة على المشهور لزوال المانع منها وهو تزوجها واشتغالها بحق الزوج الذي هي أقوى من الحضانة، وإنما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائنا ، وإلا فبعد العدة إن بقي لها شيء من مدة الحضانة ، وقيل لا تعود لخروجها عن الاستحقاق بالنكاح فيستصحب ويحتاج عوده إليها إلى دليل آخر وهو غير موجود. الروضة البهية ج ٥ ص ٤٦٣ ،

(٢) في الروضة البهية ج ٥ ص ٤٥٧ قال : ويشكل بأن ذلك لو كان موجباً لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه لأنها بمنزلة الأم وهي مقدمة على الإب ، وولايته المال لا دخل لها في الحضانة ، وإلا لكان الأب أولى من الأم ، وكذا الجد لأب وليس ذلك إجماعاً ، والنصوص خالية من غير الأبوين من الأقارب وإنما استفيد حكمهم من آية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » وهي لا تدل على تقديمه على غيره ممن في درجته . قال : وبهذا جزم في المختلف وهو أجود .

وأنثى ففي تقديم الأنثى قول مأخذه تقديم الأم على الأب ، وكون الأنثى أرفق لتربية الولد وأقوم بمصالحه ، وإطلاق الدليل المستفاد من الآية يقتضي التسوية للتساوي في الإرث .

وقيل إن الأخت لأبوين أولى من الأخت لأم ، والأخت لأب أولى من الأخت لأم ، وكذا أم الأب أولى من أم الأم ، والعمة أولى من الخالة لزيادة القرب أو كثرة التعصيب ، ويرد عليه بأن الدليل سوى بينهم [1] .

ونخلص من ذلك إلى أن في المذهب قولين في الأقارب من درجة واحدة كالأختين والعمتين والخالتين واولاد الأخوة والأخوات . قول باعتبارهما سواء بصرف النظر عن قوة القرابة أو كونها من جهة الأب أو من جهة الأم لإطلاق الدليل ، وقول آخر بالترجيح بقوة القرابة أو قرابة الأب .

فإن لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد ولم يكن أهلا لها يعطى الطفل لذي رحم غير محرم كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة ، فإن لم يوجد قريب من الأرحام يسلم إلى الوصي ، فإن لم يكن وصي فعلى الحاكم ان يسلمه إلى شخص يثق فيه .

---

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٦١ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥

الفصل الثاني

في شروط أهلية الحضانة

لما كان الغرض من الحضانة تحقيق المصلحة للطفل ودفع كل ما يُلحق بـه الضرر شُرط في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفـات معينة بها تتحقق الأهلية للحضانة، فإن اختلت واحدة منها في شخص سقط حقه فيها وانتقل إلى من يليه .

شروط أهلية النساء للحضانة :

١ – أن تكون بالغة ، لأن غير البالغة ولو كانت مميزة لا تستطيع أن تقوم بشئونها كلها فكيف يوكل اليها القيام بشئون غيرها .

٢ – أن تكون عاقلة لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شئون الصغير لعدم معرفتها ما ينفعه بل يخشى عليه الضرر منها ولا تكون أهلا للحضانة .

٣ – أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لكبر سن أو مرض أو عاهة تحول بينها وبين أداء وظيفتها كالعمى لم تكن أهلا للحضانة . وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ولكنها مريضة مرضاً يخشى على حياة الطفل منه لا تكون أهلا لها .

ولو كانت محترفة حرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير لا يكون لها حق في الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعايته بأن تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه الحضانة لا يسقط حقها فيها .

٤ - أن تكون أمينة على أخلاق الصغير ، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص أو النشل أو ارتكاب الفاحشة فإنه يسقط حقها في الحضانة بأحد أمرين . عدم قيامها بشئون الطفل وإهماله ، والخوف على أخلاق الصغير أن تتأثر بها ، فإن لم يوجد شيء منها لا يسقط حقها فيها .

٥ - ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير . بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلاً [1] .

فإن كانت متزوجة من أجنبي ، أو من قريب غير محرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة ، لأن الغالب في هؤلاء ألا يعطفوا على الصغير كعطف قريبه المحرم ، ويزيد الأجنبي أنه يبغضه ويقسو عليه ، لأن الزوج غالباً لا يحب ابن زوجته فينشأ الطفل في جو يسوده البغض والكراهية فيتعقد نفسياً .

---

(١) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة المطلقة التي أراد زوجها أن يأخذ ولده منها : « أنت أحق به ما لم تتزوجي » فإذا كانت الأم يسقط حقها بالزواج فغيرها أولى بذلك ، وكان مقتضى ذلك أن يكون زواجها مطلقاً مسقطاً لحقها ، لكن فقهاء الحنفية والمالكية نظروا إلى الحكمة التي من أجلها جعل الزواج مانعاً من الحضانة أن الزوج يكره ولد زوجته ويود ألا يكون مع أمه فاستثنوا الزواج من القريب المحرم ، لأنه يعطف على الصغير ويعتبره كولده فلا يكره وجوده مع زوجته ، وهناك أقوال أخرى في سقوط حق الحضانة بالزواج ، يسقط مطلقاً بالزواج وهو قول الجعفرية والشافعية لأن الحديث لم يفصل ، لا يسقط بالزواج مطلقاً وهو قول الحسن البصري وابن حزم لعدم صحة الحديث كما قالوا . راجع نيل الأوطار جـ٦ ص ٣٤٩ وسبل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ .

ولأن وقت الزوجة لزوجها وله الحق في منعها من القيام بشئون ذلك الطفل الذي لا صلة له به ، بخلاف ما إذا كان الزوج محرماً للصغير ، لأن القرابة المحرمية داعية إلى العطف والشفقة على الصغير فلا خوف عليه.

والجعفرية يشترطون في الحاضنة ألا تكون متزوجة مطلقاً ولو بمحرم للصغير لإطلاق الحديث ولم يفرقوا في ذلك بين زواج الأم وغير الأم . غير أن الأم إذا تزوجت ولم يكن للطفل أب موجود لا يسقط حقها في الحضانة ، لأنها أولى به بعد الأب من الجد كما سبق .

٦ – ألا تقيم بالصغير عند من يبغضه ولو كان قريباً له ، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكناها عند من يبغضه يعرضه للأذى وإلحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها .

والجعفرية لا يجعلون ذلك مسقطاً لحقها إذا كانت قادرة على حفظه وصيانته .

٧ – ألا تكون مرتدة عن الأسلام ، فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الأسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الحنفية تحبس حتى تعود إلى الأسلام أو تموت ، ومثل هذه لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة .

هذا ولا يشترط إسلام الحاضنة سواء كانت أماً أو غير أم ، فالكتابية تستحق الحضانة لأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير وهي متوفرة عند كل حاضنة ولا تأثير للدين في ذلك ، ويبقى معها إلى أن تنتهي مدة الحضانة إلا إذا خيف عليه أن يتأثر بدينها أو أن يتعود تناول ما حرمه الأسلام من لحم الخنزير وشرب الخمر فإنه يؤخذ منها ويسلم لمن تستحق الحضانة بعدها .

والجعفرية لا يجعلون لغير المسلمة [1] حضانة لولدها المسلم تبعاً لأبيه ، لأنه يخشى عليه أن يألف غير دين الأسلام .

شروط أهلية الحضانة للرجال :

يشترط في الحاضن من الرجال : أن يكون بالغاً عاقلا قادراً على القيام بمصالح الصغير أميناً على تربيته كما يشترط في النساء .

ويزاد على ذلك : أن يتحد مع المحضون في الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع اختلاف الدين ، فلو كان للصغير قريبان في درجة واحدة واختلفوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافقه في الدين .

هذا ومن كان له الحق في الحضانة رجلا كان أو امرأة وسقط حقه لسبب من الأسباب ثم زال ذلك السبب يعود اليه الحق مرة ثانية .

---

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٤ : والحاضنة يشترط فيها : أن تكون حرة مسلمة عاقلة غير متزوجة بلا خلاف في هذه الشروط الأربعة ، كما يشترط سلامتها من الأمراض السارية ، ولا فاجرة متهتكة ، ولا مهملة لرعاية الطفل ومصالحه لكي يحتفظ بالطفل سليما في صحته وخلقه .

الفصل الثالث

في أجرة الحضانة واستحقاقها ، ومن تجب عليه

لما كانت الحضانة تتمثل في خدمة الطفل والقيام بشئونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال ويسمى ذلك العوض في عرف الفقهاء بأجرة الحضانة . غير أن ذلك العوض ليس أجرة خالصة بل فيه شبه بالنفقة [1] وكيفما كان فلمن يكون ؟

الحنفية يقولون : الحاضنة إما أن تكون أماً للطفل أو غير أم ، فإن كانت غير الأم استحقت الأجرة على الحضانة ما لم تتبرع بها ، وإن كانت الأم فإنها لا تستحق أجراً على الحضانة إذا كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في إحدى الروايتين وهي التي يجري عليها العمل في القضاء بمصر ، لأنها في تلك

---

(١) لاننا إذا نظرنا إلى أن الحاضنة تقوم بعمل نقول : إن ما يدفع لها هو أجرة ، وإذا نظرنا إلى أن نفقة الطفل واجبة عليه في ماله ثم على أبيه ومن جملة ما ينفق عليه الأنفاق على الحاضنة التي حبست نفسها لأجله نقول : إن ما يدفع إليها هو نفقة فهي ليست نفقة خالصة ولا أجرة خالصة .

الحالات تستحق النفقة على أبي الصغير للزوجية أو للعدة فلا تستحق عليه نفقة أخرى في نظير حضانة ولده لأن الأولى كافية كما قدمنا في أجرة الرضاع فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتهاء عدتها أو لمنعها من المطالبة بنفقة أثناء العدة لمضي سنة من وقت الفرقة بينهما أو لكونها أبرأت زوجها من نفقة العدة في نظير طلاقها استحقت أجرة على الحضانة .

متى تستحق الحاضنة الأجر ؟

لما كانت الحضانة تشبه الرضاع إلى حد كبير فما قدمناه في استحقاق أجرة الرضاع من تفصيل بين الأم وغيرها يجري هنا . وخلاصته . أن الأم تستحق الأجرة على الحضانة في الحالات التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانة ولا يتوقف الاستحقاق على سبق اتفاق بينها وبين أبي الطفل أو قضاء بذلك .

أما غيرها فلا تستحق الأجر إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي بها ، فلو قامت بها قبل الاتفاق أو القضاء لا يحق لها المطالبة بالأجر على تلك المدة ، لأنها كسائر الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق أو القضاء فإقدامها على العمل قبلها دليل على تبرعها . بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة على خدمة وليدها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء .

ولأن الطفل غالباً يكون معها في فترة الرضاعة وأثناء العدة وقد كانت تقوم بحضانته فلا يعقل أنها تتركه بعد انقضاء الفترة التي كانت تستحق فيها نفقة بدون خدمة حتى يتم اتفاقها على الأجر وقد يتنازع فيه فيقتضي رفع الأمر للقضاء .

وإذا وجبت الأجرة للحاضنة سواء كانت أماً أو غيرها فإنها تكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ولا يتأثر بمضي المدة ، ولا بموت الصغير ، ولابموت

من وجبت عليه ، ولا يموت الحاضنة نفسها حتى كان لورثتها حق المطالبة بها بعد وفاتها لأنها جزء من تركتها .

على من تجب أجرة الحضانة ؟

تجب أجرة الحضانة على من تجب عليه نفقة الصغير ، لأنها بعض نفقته كأجرة الرضاع .

فإن كان للصغير مال وجبت في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، فإن كان الأب موسراً أمر بأدائها إلى الحاضنة ، وإن كان معسراً فلا يخلو إما أن يكون قادراً على الكسب أولا .

فإن كان قادراً على الكسب وجبت عليه وكانت ديناً في ذمته ، وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويرجع بها على الأب إذا أيسر .

وإن كان الأب المعسر عاجزاً عن الكسب اعتبر غير موجود وفرضت الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويؤديها في الحال إلى الحاضنة .

أجرة المسكن والخادم :

إذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها أو مسكن تسكن فيه مع زوجها القريب للطفل قرابة محرمية في مكان الحضانة وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجرة مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة ، لأنها مضطرة إلى ذلك لئلا يسقط حقها في الحضانة ، كما يجب إعداد كل ما يحتاج اليه الطفل من فرش وغطاء حتى يكون المسكن كاملا .

وإذا احتاجت إلى استئجار خادم يقوم بمساعدتها في خدمة الصغير وجب إحضار الخادم لها أو إعطاؤها أجرته إذا كان للصغير مال أو كان من تجب عليه نفقته موسراً تخدم أولاده

وبهذا يتبين أن أجرة الرضاعة غير أجرة الحضانة وغير نفقة الطفل .

الحضانة بين المتبرعة بها وطالبة الأجر عليها .

إذا أبت صاحبة الحق في الحضانة أن تقوم بها إلا بأجر ووجدت متبرعة بها فلمن تكون الحضانة منهما ؟ الحكم يختلف باختلاف الحالات . لأن المتبرعة إما أن تكون من أهل الحضانة أو لا ، فإن لم تكن من أهل الحضانة بأن كانت أجنبية أو قريبة قرابة غير محرمية فصاحبة الحق في الحضانة أحق بها مطلقاً أماً كانت أو غير أم ، كان للطفل مال أو لا ، كان الأب موسراً أو معسراً ، لأن تسليمه للمتبرعة لا مصلحة فيه للصغير ، لأن رعايتهـا لا تكون كرعاية صاحبة الحق نظراً لتوفر الشفقة عليه منها ، ودفع الأجر وإن كان فيه ضياع جزء من المال إلا أنه لا يوازي ما يتحقق له من المصلحة المقصودة .

وإن كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه أو من تجب عليه نفقته بعد أبيه موسراً قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة ، لأن إعطاءه لصاحبة الحق فيه مراعاة لحق الصغير لأنها أكثر حناناً وشفقة عليه من المتبرعة ، ولا ضرر على الأب في دفع الأجر ليساره ومصلحة الصغير مقدمة على كل حال .

وإذا كان الأب معسرا قدمت المتبرعة دفعاً للضرر عن الأب بإلزامه بالأجر ومداينته به وهو معسر ، وكذلك لو كان للصغير مال ، لأن الأجرة واجبة في ماله في هذه الحالة ، وفي إعطائه لطالبة الأجر ضياع لجزء من ماله مع إمكان الاستغناء عنه بدفعه للمتبرعة وهي من محارمة والشفقة متوفرة عندها ،

ونقصان شفقتها عن الأخرى لا يوازي ضياع جزء من ماله .

وبهذا يتبين الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع : حيث تقدم المتبرعة بالرضاع على الأم وغيرها ممن تطلب الأجر مطلقا سواء كانت المتبرعة محرما للطفل أو لا ، وسواء كانت الأجرة من مال الصغير أو من مال غيره كان ذلك الغير موسراً أو معسراً ، لأن الغرض من الرضاعة هو تغذية الطفل وهو متحقق بلبن أي إمرأة فلا معنى لأخذ الأجر مع وجود المتبرعة ، لأنه لا ضرر في إرضاعها .

أما الحضانة فإنه لا يقدم فيها المتبرعة إلا في صورتين . الأولى إذا كانت أجرة الحضانة من مال الصغير ، والثانية إذا كانت الأجرة واجبة على الأب وكان معسراً ، ومع ذلك يشترط في المتبرعة أن تكون قريبة قرابة محرمية أي عندها أهلية الحضانة .

والسبب في ذلك أن المقصود من الحضانة هو تربية الصغير ورعايته والعناية به ، وهذه أمور تحتاج إلى الشفقة والعطف والحنان وكل ذلك لا يتوفر إلا عند الأم أو ما يقاربها من المحارم وقلما توجد عند غير المحرم ، وكلما توافرت هذه عند الحاضنة تحقق الغرض المقصود من الحضانة على أكمل وجه فيبقى ذلك الحق لصاحبته ولا يعدل عنه إلا لعذر قوي كأعسار الأب أو من تجب عليه الأجرة بعده أو لمصلحة قوية كالمحافظة على مال الصغير . وفي الحضانة لا موضع لغير المحرم لأنها ليست أهلاً لها أصلاً فلا يفيد تبرعها شيئاً .

وإذا لم توجد متبرعة بالحضانة وامتنعت عنها صاحبة الحق فيها إلا بأجر ولم يكن للصغير مال وكان الأب معسرا أجبرت الحاضنة عليها سواء كانت أماً أو غيرها وتكون أجرتها ديناً في ذمة الأب يؤمر بأدائه عند اليسار وهو دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. هذا هو مذهب الحنفية .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأم صاحبة الحق الأول في الحضانة لا يجب عليها الحضانة مجاناً فلها طلب الأجر عليها ، وحينئذ يتخير الأب بين دفع الأجر لها وأخذ الطفل منها ، لأن حق الحضانة ثابت له بعدها ، ولا يجب عليه إجابتها إلى ما طلبت إلا في حالة ما إذا كان لا يستطيع القيام بالحضانة ولم توجدمتبرعة بها ، لأنها متعينة لها محافظة على الولد .

ولو طلبت أجراً أكثر من غيرها لا تجاب إلى ذلك .

وهل تجب لها أجرة على الحضانة غير أجرة الرضاع ؟ قولان عندهم لعدم النص [1] .

أما إذا وجدت متبرعة بالحضانة وهي قادرة عليها ولو أجنبية أو كان الأب قادراً على الحضانة ولو بالاستعانة بغيره من خادم أو زوجة . فيقال للأم طالبة الأجر تخيري بين حضانته مجاناً أو تدفعيه إلى الأب أو المتبرعة فإن لم تختر إمساكه مجاناً أخذ منها وسلم للأب أو للمتبرعة ، ولا تمنع بعد ذلك من خدمته أو رؤيته ، وأجرة الحضانة من مال الصغير إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه .

وإذا كانت الحاضنة هي الأم ولم يكن لها مسكن تقيم فيه مع الطفل الفقير وجب على الأب إعداد مسكن لها ، وإذا احتاج الطفل إلى خادم مع الحاضنة وجب على الأب إحضار الخادم إن كان موسراً .

أما غير الأم من الحاضنات إذا لم ترض بحضانته مجاناً وتمسكت بالأجرة ولم توجد متبرعة وجب دفع الاجر لها .

---

(١) ورجح الشيخ مغنية العدم . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥

الفصل الرابع

في مكان الحضانة ، وانتقال الحاضنة منه

إذا كانت الحاضنة هي الأم وكانت زوجيتها قائمة بينها وبين أبي الصغير فمكان الحضانة هو بيت الزوجية الذي يقيمان فيه ، ولا يجوز للأم الخروج منه أو السفر بدون إذن زوجها سواء كان الولد معها أو لا ، لأن قرارها في بيت الزوجية واجب عليها ما دام أوفاها حقوقها .

وإن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تعتد فيه طوال مدة العدة حتى ولو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر ، لأن قرارها في مسكن العدة حق للشرع وهو واجب عليها ، ولا يجوز لها إبطال حق الشرع ، يقول جل شأنه : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق ـ

وإذا انقضت عدتها فلا يبقى معنى لإلزامها بالبقاء بالمحضون في بيت الزوجية فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت الحضانة فيه .

وهل يجوز لها الانتقال به إلى بلد آخر ؟

الحكم يختلف تبعاً لقرب البلد الذي تريد الانتقال اليه وبعده عن البلد الأول .

فإن كان ذلك البلد قريباً جاز لها الانتقال اليه بشرط أن يكون من نوع البلد الأول أو أفضل منه ، فيجوز لها الانتقال من مدينة إلى مدينة ، ومن قرية إلى قرية ، ومن قرية إلى مدينة ، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية ، لأن الحياة في القرية لطفل ولد في المدينة يلحق به الضرر ، لأن في أخلاق أهل القرى بعض الجفاء فيخشى على الطفل التخلق بأخلاقهم ، كما أن وسائل العيش فيها تختلف عما في المدينة إلا إذا كان انتقالها إلى قريتها الأصلية التي عقد عليها أبوه فيها ، لأنها تكون في وسط أهلها فيحاط الطفل بالعطف والحنان منهم .

وإن كان ذلك البلد الذي تريد الانتقال إليه بعيداً فلا يجوز الانتقال إليه ولو كان من المدن إلا بأذنه لما في ذلك من الأضرار بالأب لبعد ابنه عنه والأضرار بالولد لفقده رعاية أبيه ورقابته إلا إذا كان بلدها الأصلي وأبوه قد عقد زواجه عليها فيه لما قلناه .

ولأن المانع من الانتقال هو ما يلحق الأب من ضرر التفريق بينه وبين ولده ، وفي هذه الصورة هو الذي تسبب فيه ، لأنه حين عقد عليها في بلدها وهو يعلم أنها لا تنتقل منه إلا بسبب زواجها ، وإذا زالت الزوجية فستعود إليه حتى لا تتحمل ذل الغربة فيكون راضياً ضمناً بوجود ولده مع أمه فيه .

ومع ذلك فوجودها وسط أهلها بولده يورث الإطمئنان عليه حيث يعيش وسط أناس لا يكنون له إلا العطف والشفقة ، فجواز الانتقال إلى البلد البعيد مقيد بقيدين — ١ أن يكون وطنها الأصلي — ٢ — أن يكون عقد عليها فيه ، فإذا انتفيا أو انتفى أحدهما لا يجوز ، لأن المعنى الذي جعل مرخصاً للانتقال إليه لا يوجد في واحد منها .

حد القرب والبعد عند الفقهاء :

يقرر الفقهاء أن البلد يعتبر قريباً إذا استطاع الأب أو الولي السفر إليه ليرى

الولد ويعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، فإن كان لا يستطيع ذلك بعد البلد بعيداً .

وإذا لاحظنا أن ضبطهم هذا تأثر بأمرين كانا في زمنهم - أولهما - وسائل الانتقال وقد كانت بدائية لأنها إما السير على الأقدام أو ركوب الدواب - وثانيهما - أن الليل كان مظنة الخوف للظلام الذي يلفه وخطر السفر فيه لعدم الأمان لكثرة اللصوص وقطاع الطريق فيكون المعول عليه في مثل هذا هو العرف وقد تغير ، ففي زمننا هذا تنوعت المواصلات ، وأصبح الليل كالنهار بعد أن أنيرت الطرق فالمسافر فيه لا يشعر بوحشة ولا يخشى ضرراً فيترك ذلك إلى مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولده .

والعمل في القضاء في مصر يجري على هذا التفصيل فيما إذا كانت الحاضنة هي الأم .

أما إذا كانت الحاضنة غيرها كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة فليس لها الحق في الانتقال إلى بلد غير بلد أبيه إلا بإذنه ، فإذا فعلت ذلك كان للأب أو وليه إذا لم يكن الأب موجوداً أن يمنعها من ذلك سواء كان البلد قريباً أو بعيداً وطنا أصلياً لها أو لا ، لأن المعنى الذي من أجله أبيح للأم الانتقال بالولد وهو العقد عليها فيه ليس موجوداً هنا حيث لا عقد .

هكذا أطلق الفقهاء الحكم بدون تفرقة بين البلد القريب والبعيد . غير أن بعض الفقهاء المتأخرين أجاز لغير الأم الانتقال بالمحضون إلى البلد القريب وسوى بينها وبين الأم في ذلك لأن علة تجويز انتقال الأم إلى البلد القريب بدون إذن هي أنها بمثابة الانتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة [1]

وقد جرى بعض القضاة في مصر على هذا .

---

(١) الرد المختار للرافعي ج ١ ص ٣٤٨ .

وإذا عرفنا أن مصلحة الطفل في فترة الحضانة لا تتم إلا بالجمع بين حضانة أمه أو قريباته المحارم وبين إشراف أبيه عليه ، وأن القرآن منع مضارة الأب والأم بسبب ولدهما « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » إذا عرفنا ذلك أدركنا السر في تشريع تلك الأحكام التي تحتم وجود الولد وحاضنته مع أبيه في بلد واحد أو في بلدين قريبين إلا إذا وجدت ضرورة أو أذن الأب في ذلك حتى لا يحرم الولد شفقة أمه ولا رعاية أبيه .

ولهذا لا يجوز للأب أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها إلا بإذنها سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ، لأن في هذا الإخراج تفويت حق الأم في حضانتها وحق الولد في عيشه في عطف أمه وحنانها .

فإذا سقط حقها في الحضانة بسبب زواجها من أجنبي أو بغيره ولم تكن التي انتقل إليها حق الحضانة تعيش في هذا البلد فله نقله إلى بلد الحاضنة ، فإذا عاد حقها في الحضانة رده إليها .

وإذا جاز له إخراج الولد من البلد الذي تعيش فيه أمه بعد سقوط حقها في الحضانة فهل يثبت له ذلك مطلقاً سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ؟

المذكور في كتب الحنفية رأيان للمشايخ . رأي بالإطلاق [1] ، ورأي يقيد بالبلد القريب بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم ، فقد جاء في الحاوي « ليس للوالد أن يخرج الولد من المصر إلى القرى بغير رضا أمه إذا كان صغيراً » ، ومال ابن عابدين [2] إلى هذا الأخير ، وإذا كان لكل من الأب والأم حق في الولد ورؤيته في فترة الحضانة وقد نفى الشارع المضارة عنهما بسببه فقد يكون في

---

(١) الفتاوى الأنقروية ص ٩٩ وعبارته في واقعة الفتوى « إذا سقطت الحضانة بالتزويج أو بالاستفتاء فللعم أن يسافر بالولد » .

(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٨٨٥ .

الأخذ بأحد الرأيين بإطلاق ضرر بأحدهما ، فلو أخذنا بالأول ربما استغل الأب ذلك في حرمان الأم من رؤية ولدها ، ولو أخذنا بالثاني وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر ، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد ، فمنعاً للأضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضي لينظر في خروج الأب والداعي إليه ، فإن رأى أنه مضطر للخروج إلى البلد البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعاً للضرر عنه ، وإن رأى أنه لا مصلحة له في ذلك قيده بالقريب لعدم مضارة الأم .

أثر انتقال الحاضنة إلى بلد منعت من الانتقال إليه :

إذا خالفت الحاضنة وانتقلت إلى بلد آخر لا يجوز لها الانتقال إليه فهل يسقط حقها في الحضانة ؟ .

إذا كانت الحاضنة أماً وهي زوجة أو معتدة كان للأب أن يطلب إليها الرجوع باعتبارها زوجة أو معتدة وليس له أن يأخذ الولد منها ، لأنه يكون إبطالاً لحقها في الحضانة مع أنه يستطيع إرجاعها إلى مقر الحضانة .

أما إذا كانت غير ذلك وطلب منها إرجاع الولد إلى البلد الأول ولم تمتثل فلم يرد عن فقهاء الحنفية نص صريح بإبطال حق الحضانة أو بقائه وكل ما ورد عنهم أنها ممنوعة من الانتقال ، وأن لأبيه أو لوليه منعها من الانتقال ، أو يطلب إليها العودة إلى بلد الحضانة ، ومن هنا كانت موضع اجتهاد القضاة في مصر ، فمنهم من تمسك بالنصوص الفقهية وقال : إن حقها لا يسقط بهذا الانتقال لأنه لم يعد من شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة فيبقى حقها فيها ومن ثم تستحق الأجرة عليها .

ومنهم من يرى أن حقها يسقط ، لأن عدم النص على كونه شرطاً لا يقتضي إهدار معناه ، لأنها إذا كانت ممنوعة من الانتقال إلى بلد بعيد

إلا إذا كان وطنها الأصلي الذي عقد عليها فيه ، وكان للأب منعها منه فيكون الأثر العملي للانتقال الممنوع هو سقوط حقها في الحضانة ، لأنه لا جائز أن يكون أثر مخالفتها مجرد أن تكون آثمة فقط ، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير ، ولا جائز أن يكون أثره إجبار الأم على العودة بالقوة إلى بلد الأب ، لأن الأب لا يملك إجبارها إلا في حالتي الزوجية أو العدة وفي غيرهما لا سلطان له عليها ، وإذا كانت لا تجبر على الحضانة إلا في حالة تعينها لها فلا تجبر على بلد معين للحضانة من باب أولى ، فلم يبق لهذه المخالفة من أثر إلا نزع الولد منها ، ولا يمكن نزع الولد منها ولها حق حضانته .

لكن سقوط حقها في الحضانة شيء واستحقاقها الأجر على قيامها بالحضانة شيء آخر ، فإذا انتقلت إلى بلد آخر وقامت بحضانة الصغير استحقت الأجرة على فترة قيامها لأنها قامت بعمل تستحق الأجر عليه .

هذا هو مذهب الحنفية في انتقال الحاضنة إلى بلد آخر .

أما الجعفرية : فلما كان حق الحضانة عندهم للأم أولاً ثم للأب ثم للجد ثم للأقارب على الترتيب السابق ، وحضانة الأم حق خالص لها فقد جعلوا في المشهور عندهم أن لها الحق في الانتقال به مطلقاً رضي الأب أو لم يرض إلى بلد قريب أو بعيد مصراً كان أو قرية ما لم يكن في هذا الانتقال ضرر على الوالد أو على الولد ، فإن كان فيه ضرر لا يجوز إلا إذا رضي الأب .

ولعل مستند هذا الرأي قوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » .

وفي قول آخر نقل عن أبي جعفر الطوسي أنه ليس لها الانتقال

بالولد إلى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال من مصر إلى قرية لأن في السواد يقل تعليمه [1] . فهو يمنع الانتقال إلى بلد بعيد وجعل حد البعد مسافة قصر الصلاة ، كما يمنع الانتقال به من المصر إلى القرية، وقد اختار بعضهم هذا الرأي محافظة على حق الأب في الولاية على ولده [2] .

وقول الطوسي في جملته قريب من مذهب الحنفية ، ويمكن أن يحمل قوله هذا تفسيراً للقول الأول ، لأنه منع السفر إذا كان فيه ضرر على الولد أو الوالد ، ولا شك أن السفر إلى مكان بعيد فيه ضرر عليهما ، وكذلك الانتقال من المصر إلى القرية لما قاله : إن في السواد يقل تعليمه .

كما قالوا : ليس للأب أن ينتزعه من أمه ويسافر به حال حضانتها ، لأن لها حق الحضانة فلا ينتزع منها مراعاة للحقين [3]

حق رؤية الولد لمن ليس في يده .

وإذا كان الولد عند حاضنته أما كانت أو غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته غير أنها لا تجبر على إرساله إليه في مكان إقامته ، بل عليها أن تخرجه إلى مكان يمكن أن يراه فيه .

وكذلك لو كان عند أبيه لضمه إليه بعد انتهاء حضانته أو لسقوط حقها في الحضانة لسبب من الأسباب يجب عليه أن يمكنها من رؤيته على الوجه السابق ، لأن لكل منهما حقاً في الولد فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر، ولم يحدد الفقهاء مدة لهذه الرؤية، ويمكن أن يقال إنها بالنسبة للأب والأم كل أسبوع مرة قياسا على ما قرروه من أن الزوجة لها الحق في الخروج لرؤية أبويها كل أسبوع مرة لعلاقة الأصلية والفرعية ، أما غير الأم من أقارب الصغير المحارم فلها رؤيته كل شهر مرة . وهو ما يجري عليه القضاء بمصر .

---

(١) الأحكام الجعفرية م ٣٩٣ ص ١٠٢ .

(٢) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥ .

(٣) المرجع السابق .

الفصل الخامس

في مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها

مدة الحضانة : تبتديء مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل ، أما انتهاؤها فيختلف تبعاً لاختلاف نوع المحضون بالذكورة والأنوثة ، فإذا كان المحضون ذكراً فإن حضانته تستمر حتى يستغني عن خدمة النساء ، ويستطيع أن يقوم وحده بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة جسمه ، لأنه بعد ذلك يحتاج إلى التأديب والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال ، والأب أقدر على ذلك من الأم وغيرها من النساء ، وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة الاستغناء بسبع سنين ، وقدرها غيرهم بتسع سنين ، والفتوى في المذهب على التقدير الأول ، لأن الغالب أن الغلام يستغني عن خدمة النساء في حاجاته الخاصة بعد هذه السن .

وقال محمد بن الحسن : إن حضانة الأنثى تستمر إلى سن المراهقة ، وهي السن التي تشتهي فيها لا فرق بين أن تكون الحاضنة الأم والجدة أو غيرهما ، والفتوى في المذهب على هـذا القول ، لأن البنت إذا بلغت مبلغ الاشتهاء احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه السن فقدرها بعضهم بإحدى عشرة سنة ،

وقدرها آخرون بتسع سنين ، وعليه الفتوى .

فالذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي هو أن حضانة الصغير تنتهي ببلوغه سبع سنين ، وحضانة الصغيرة تنتهي ببلوغها تسع سنين [١] ، والعبرة في ذلك بالسنين القمرية ، لأنها المعهودة في التقديرات الشرعية يعمل بها ما لم يوجد نص قانوني على خلاف ذلك .

وإنما زيدت سن الحضانة للفتاة عن سن حضانة الغلام ، لأن الفتاة بعد بلوغها سن الاستغناء عن خدمة حاضنتها لا تزال بحاجة إلى البقاء تحت إشرافها لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعويدها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق ، فإذا بلغت سن الاشتهاء كانت في حاجة إلى من يقوم بصيانتها والمحافظة عليها والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد كانت المحاكم المصرية تسير على الرأي المفتى به في المذهب الحنفي ، وهو أن سن الحضانة تنتهي بالنسبة للفتى ببلوغ سن السابعة ، وبالنسبة للفتاة ببلوغها سن التاسعة . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص في المادة العشرين منه على أن : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك [٢] » .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٤٨ وما بعدها ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٢) وجاء في المذكرة الأيضاحية لهذا القانون إن العمل جري إلى الآن عل أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعا وهي سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء وخصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً من غير أمهما ، ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت ، ولما كان المعول عليه في مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة ، وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها-

فقد جعل السن الحضانة حداً أدنى وحداً أعلى وترك أمر اختيار أحد السنين إلى تقدير القاضي ، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفا فجعل للقاضي حق المد سنتين أو بعضها ، وإذا كان القانون قد جعل الحد الأعلى لسن الحضانة بالنسبة للصغير تسع سنوات ، وبالنسبة للصغيرة إحدى عشرة سنة وقوفا عند أقصى تقدير الفقهاء للسن التي يستغني فيها الصغير عن خدمة النساء ولبلوغ حد الشهوة بالنسبة للصغيرة . فيكون القاضي مقيداً بذلك لا يملك تجاوز المدّ عن تسع للصغير وإحدى عشرة للصغيرة .

لكنه عرض عند التطبيق أن وجدت حالات غير عادية يكون الطفل فيها بلغ هذه السن ولكنه لا يزال في حاجة إلى خدمة النساء كالمعتوه أو المجنون أو المريض الذي لا يستطيع أن يعمل لنفسه شيئاً وحاجته إلى خدمة النساء لا تقل عن حاجة الصغير الذي بلغ حد التمييز إن لم تزد عليها ، فهل يقف القاضي عند حرفية القانون ويقضي بضمه إلى الرجال ؟ .

بعض القضاة وقف عند هذه الحرفية وامتنع عن إبقائه عند الحاضنة ولو كانت أمه مستنداً إلى أن القانون جعل مجال الفسحة التقديرية للقاضي ليعمل فيها بنظره محددة بسن معينة ولا يملك بعدها إلا إعمال نصوص القانون ولكن أكثرية القضاة نظروا إلى الغرض المقصود من الحضانة والضم بعدها إلى الولي وهو النظر إلى الولد ورعاية مصلحته ، فإذا كان في حالة لا يستغني عن

الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم قدرها بتسع ، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين ، وبعضهم قدره بإحدى عشرة سنة رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع سنين والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتهما في بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء .

خدمة النساء تكون مصلحته في البقاء مع حاضنته إلى أن يصل إلى حالة يستغني فيها عن خدمة النساء .

ولأن ظاهر المذهب لم يحدد سناً معينة لانتهاء الحضانة ، بل ربطها باستغناء الولد عن خدمة النساء ، وتحديد الفقهاء المتأخرين لها كان مبنياً على أن الغالب في هذه السن استغناء الطفل عن خدمة النساء فهو بمثابة معيار مادي لأنهاء هذه المرحلة لمنع النزاع والخلاف فيها ، فإذا جاوز هذه السن ولم يستطع القيام بخدمة نفسه كان الواجب الرجوع إلى السبب الأصلي في ثبوت حق الحضانة وهو حاجة الصغير إلى خدمة النساء .

على أن الفقهاء الذين حددوا السن نظروا إلى الحالات العادية والغالب فيها، فيكون التحديد غير شامل للصور غير العادية ، ويقال مثل هذا في القانون إنه قصد التحديد بهذه السن في الحالات العادية وهو الأكثر ، ومن المعلوم المقرر شرعاً أن الحالات غير العادية تأخذ الحكم المناسب لها وهو لا يكون إلا مخالفاً للحكم الأصلي، وعلى ذلك يكون الراجح في نظري : أن الطفل إذا بلغ أقصى سن للحضانة وكان مريضاً أو معتوهاً كان أمره مفوضاً إلى القاضي يختار له الأصلح ، فإن كان بقاؤه مع أمه أصلح له حكم بإبقائه ، وإن كان العكس حكم بانتهاء الحضانة .

أما المذهب الجعفري . فالمشهور فيه أن مدة الحضانة للأم بالنسبة للغلام سنتان وهي أقصى مدة للرضاع وبعدها يضم إلى الأب إن كان موجوداً ، فإن لم يكن موجوداً أو غير أهل بقي مع أمه لأنه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة وعندها أهلية للحضانة ، أما الأنثى فمدة حضانة أمها لها تمتد إلى سبع سنين في المشهور ، وفي قول غير مشهور إن حضانتها للفتى تمتد إلى سبع سنين ، وللفتاة إلى تسع سنين

الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة.

إذا انتهت مدة حضانة النساء سلم الولد ذكراً كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجوداً وعنده أهلية لضم الولد إليه ، فإن لم يكن موجوداً أو كان موجوداً غير أهل لذلك الضم انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فالأقرب بترتيبهم السابق في استحقاق الحضانة مع ملاحظة أن الأنثى لا تسلم إلى عاصب غير محرم كابن عمها مثلا ، لأنها تكون في سن تشتهي وهي لا تحرم عليه فيكون في وجودها معه خطر عليها ، أما الغلام فلا خطر في ضمه إلى العاصب غير المحرم .

وهذا الضم لا خيار فيه لا للأب ولا للعاصب ولا للولد لأن الشارع هو الذي حكم بذلك لما فيه من المصلحة ، وليس لأحد الخيار فيما قضى به الشارع .

ويبقى الغلام عند من ضم إليه حتى يبلغ مأموناً على نفسه ، فإذا بلغ غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حتى يصير مأموناً . أما البنت فإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكراً يخشى عليها الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها ، وكذلك إذا كانت ثيباً غير مأمونة على نفسها ، فإذا أمنت الثيب على نفسها ، وتقدمت السن بالبكر وصارت ذا دراية وحكمة وعرف عنها العفة صارت أحق بنفسها ، وليس لأحد جبرها على المقام معه .

هذا عند الحنفية .

أما المذهب الجعفري : فإن الغلام بعد السنتين مدة حضانة أمه يضم إلى أبيه إن كان موجوداً وأهلا للضم ، فإن لم يكن بقي مع أمه لأنها أحق به من الجد والوصي ، ويجبر الطفل على البقاء مع من ضم إليه إلى البلوغ ، فإذا بلغ عاقلا كان بالخيار في البقاء أو الانفراد بنفسه .

أما البنت فبعد انتهاء حضانة أمها بسبع سنين وهو الراجح ، أوتسع سنين، أو إذا تزوجت الأم على ما ذهب اليه الطوسي تضم إلى أبيها وتجبر على البقاء معه إلى أن تصير مأمونة على نفسها سواء كانت بكراً أو ثيباً ، وبعـــد ذلك لا تبقى مع وليها الذي ضمت اليه إلا برضاها وإن كان يكره مفارقتها لمن ضمت اليه حتى تتزوج .

* * *

الباب الرابع

في الولاية [1]

وفيه فصلان

قدمنا في الفصل الأول من هذا الكتاب في بحث الولايــة في الزواج تعريف الولاية ، وأنها تتنوع إلى نوعين . ولاية قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله ، ومتعدية وهي ولاية الشخص على غيره ، وأنها نوعان . ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وتكلمنا هناك عن الولاية في الزواج وهي من الولاية على النفس ، وموضوع كلامنا هنا الولاية المتعدية بنوعيها ، وسنعقد لكل نوع فصلاً خاصاً .

---

(١) من أهم مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٥ ، والبدائع ج ٥ ، والمبسوط ج ٢٤ تبيين الحقائق ج ٥ . والهداية وحاشية العناية ج ٨ ، رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ، وجامع الفصولين ج ٢ ، أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، نهاية المحتاج ج ٦ ، مفتاح الكرامة ج ٥ ، العروة الوثقى ج ٢ ، فقه الامام جعفر ج ٥ الأحكام الجفرية .شرائع الاسلام ج ١

الفصل الأول

في الولاية على النفس

ويراد بها هنا : سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانته وحفظ وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه .

ولما كان الطفل بعد انتهاء فترة الحضانة عاجزاً عن القيام بتلك الأمور بنفسه حيث لا يدرك وجه المصلحة فيها كان في أشد الحاجة إلى من يقوم بها ، ويسمى ذلك الشخص بالولي .

ولما كان مدار ثبوتها عجز المولى عليه عن إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه ثبتت على كل عاجز سواء كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوهاً .

فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقلاً مأموناً على نفسه ، وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج أو تتقدم بها السن وتصبح مأمونة على نفسها بكراً كانت أو ثيباً ، كما تثبت على المجانين والمعاتيه حتى تزول علتهم .

من تثبت له هذه الولاية ؟

تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصبات الذكور، وهم أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا ، وفروعه من الأبناء وأبناء الأبناء، وفروع الأبوين من الأخوة الأشقاء والأخوة لأب وأبنائهم ، وفروع الأجـــداد وهم الأعمام وأبناؤهم ، غير أن الولاية على الأنثى لا تكون إلا للعاصب المحـرم فلا تثبت لابن العم ، فإن لم يوجد من العصبات غيره أبقاها القاضي عند حاضنتها أو اختار لها شخصاً أميناً وضعها عنده .

وتثبت الولاية لهؤلاء على حسب ترتيبهم في الميراث . فالفروع ثم الأصول ثم الأخوة وأبناؤهم ، ثم الأعمام وأبناؤهم بالنسبة لغير الصغار ، أما الصغـــار فتثبت الولاية عليهم أولاً للأصول لعدم وجود أبناء يصلحون للولايـة ، فإن لم يوجد إلا واحد كانت الولاية له ، وإن تعددوا قدم الأقرب ، وإن تساووا في الدرجة قدم الأقوى قرابة كالأخ الشقيق على الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ؛ فإن تساووا في الدرجة وقوة القرابة تثبت لهم جميعاً ، ويختار القاضي أصلحهم للولاية . **هذا في مذهب الحنفية .**

أما المذهب الجعفري : فالولاية على النفس تكون للأب والجد الصحيح، إن علا في مرتبة واحدة على الصغير والمجنون الذي اتصل جنونه بالصغر ، فلكل منهما أن يتصرف مستقلاً عن الآخر ، وأيهما سبق الآخر قدم المتقـــدم وألغى المتأخر ، وإن تشاحا بأن تصرفا معاً أو لم يعلم أسبقهما قدم تصرف الجد ، وإن فقدا معاً كانت الولاية على الصغير والمجنون لوصي أحدهما ، ووصي الجد أولى من وصي الأب ، فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالولاية للحاكم الشرعي ، ولا ولاية لغير هؤلاء من العصبات أو غيرهم[1] .

---

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٠٣ .

أما المجنون الذي طرأ جنونه بعد الرشد فالولاية عليه للحاكم في المشهور عندهم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطتَ والساقط لا يعود .

وهذه الولاية كما أنها حق للولي هي أيضاً حق للمولى عليه ، فإذا امتنع الولي صاحب الحق عن أخذ الصغير بعد انتهاء سن الحضانة ولم يوجد من يحل محله في ذلك أجبر على أخذه [1] .

متى تنتهي هذه الولاية ؟

تنتهي هذه الولاية بالنسبة للفتى بالبلوغ بالعلامات الطبيعية ، [2] فإن لم تكن فبالسن وهو خمس عشرة سنة عند جماهير الفقهاء، وهو ما يجري عليه العمل في القضاء، لأنه الراجح في مذهب الحنفية وبه تقول الجعفرية ، فإذا بلغ بأحدهما [3] وكان مأمونا على نفسه انتهت هذه الولاية ، وكان له الخيار في الأقامة مع وليه أو الانفراد عنه في السكنى كما يقول الفقهاء .

أما الفتاة فلا تنتهي الولاية عليها بالبلوغ بل تستمر إلى أن تتزوج أو تتقدم

---

(١) وقد نص قانون الموجبات اللبناني في المادة - ٢٠٣٧ - على أن هذا الحق لا تجوز المصالحة عليه باعتباره من الأمور المختصة بالأحوال الشخصية، كما أيده قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة - ٨٠٩ - بضمانة عملية حيث جوز حبس المحكوم عليه الذي يرفض تسليم الولد القاصر إلى الشخص الذي عهد إليه بحفظه لديه بموجب حكم قضائي. المبادىء الشرعية والقانونية ص ٦٧

(٢) وهي الاحتلام في كل من الفتى والفتاة ، والحيض في الفتاة ، وأنبات العانة وهي شعر أسود ينبت عند البلوغ حول الفرج . يدل لذلك ما رواه أحمد والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عرض عليه بنو قريظة فحكم بقتل من كان محتلما أو أنبت عانته ومن لا ترك » . نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٢ .

(٣) نص قانون نظام أموال الأيتام اللبناني في المادة الثانية على أن حكام الشرع ممنوعون من سماع دعوى البلوغ ممن لا يكملوا الخامسة عشرة من العمر » وهذا يدل على أن العبرة في البلوغ بالسن أما البلوغ بالعلامات الطبيعية فلا اعتبار لها قبل هذه السن .

بها السن حتى تصير مأمونة على نفسها فلها أن تنفرد بالسكنى أو تسكن مع أمها .

شروط الولي على النفس :

يشترط في من تثبت له الولاية على النفس الشروط الآتية .

١ - أن يكون بالغاً عاقلا ، لأن غير البالغ العاقل لا ولاية له على نفسه بل هو محتاج لمن يلي عليه .

٢ - أن يكون قادراً على القيام بما تتطلبه الولاية من أعمال،فلو كان عاجزاً لا يكون أهلا لها .

٣ - أن يكون أميناً على المولى عليه في نفسه ودينه ، فلو لم يكن أمينا بأن كان فاسقا مستهترا لا يبالي بما يفعل لا يكون أهلا للولاية ، لأنها شرعت لمصلحة الصغير وليس من مصلحته أن يوضع عند هذا الفاسق لأنه يخشى عليه أن يتخلق بأخلاقه ، وكذلك لو كان مهملا كأن يترك الصغير مريضاً بلا علاج أو يحرمه من التعليم وعنده استعداد له ، فإذا كان كذلك انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء محافظة على مصلحة الصغير .

٤ - أن يكون متحداً مع المولى عليه في الدين ، لأن اختلاف الدين يؤثر في رابطة القرابة الموجودة بينهما فيتعرض الصغير لخطر التأثر بدين وليه ، فلو كانت الولاية للأخوة وكان للصغير أخوان أحدهما موافق له في الدين والآخر يخالفه فيه كانت الولاية للموافق في الدين .

وهذا الشرط في غير القاضي ، لأنه نائب عن الحاكم صاحب الولاية على جميع الرعايا مسلمين وغير مسلمين ، وكما تشترط هذه الشروط في ثبوت الولاية ابتداء يشترط بقاؤها طوال مدة الولاية ، فإذا تغير شرط منها سلبت الولاية منه لأنه أصبح غير أهل لها .

والمذهب الجعفري قريب من المذهب الحنفي فيشترط في الولي أو الوصي البلوغ والرشد والاتحاد في الدين .

سلب الولاية :

لا تسلب الولاية فقها إلا إذا فقد الولى شرطاً من الشروط السابقة وهو ما كانت تسير عليه المحاكم في مصر باعتباره الراجح في المذهب الحنفي إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على النفس ففصل أحكام سلب الولاية فجعل الحالات التي تسلب فيها الولاية نوعين .

أولهما : حالات يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق .

وثانيهما : حالات لا يجب فيها سلب الولاية بل يجوز الحكم بسلبها كما يجوز الاكتفاء بالحكم بوقف كل حقوقها أو بعضها ، كما يكون ذلك بالنسبة لكل من تشملهم الولاية أو بعضهم فقط .

أما الحالات التي يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق فهي كما جاء بالمادة الثانية .

١ ـ إذا حكم على الولي في جريمة وقعت منه على أحد من تشملهم الولاية من جرائم الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٢ ـ إذا حكم عليه في جناية وقعت منه على نفس أحد المشمولين بولايته ، أو حكم عليه لجناية وقعت من أحدهم .

٣ ـ إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨

لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة على غير المشمولين بولايته .

وإنما وجب سلب الولاية في تلك الحالات لأن الولي لم يعد أهلا للولاية لانعدام أمانته التي هي أساس أهلية الولاية ، ولذلك تسلب ولايته عمن وقعت عليه الجريمة وعن غيره إن كان في ولايته غيره مطلقاً في الحالتين الأولى والثالثة ، أما في الحالة الثانية فإنها تسلب وجوباً عن الآخرين إلا إذا كانوا من فروعه فإنها تفوض إلى القاضي فإن رأى خطراً في بقائها سلبها وإلا أبقاها عليهم .

وإنما استثنيت تلك الصورة لأن انعدام الشفقة على غير الفروع لا يلزم منه حتماً انعدامها بالنسبة للفروع .

أما الحالات التي لا يتحتم فيها سلب الولاية فنصت عليها المادة الثالثة من هذا المرسوم بقانون وهي تقول في مطلعها : « يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في الأحوال الآتية :

١ — إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وحكمة هذا ظاهرة لأن الولي إذا حكم عليه بذلك فلن يتمكن من القيام بأعمال الولاية فلا فائدة للأبقاء للصغير تحت ولايته .

٢ — إذا حكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة وقعت على غير من تشملهم الولاية وكان هذا الحكم لأول مرة .

٣ — إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

٤ ـ إذا حكم بأيداع أحد المشمولين بولايته دارا من دور الاستصلاح وفقاً للمادة ـ ١٦٧ من قانون العقوبات أو طبقاً لنصوص قانون الأحداث المشردين .

٥ ـ إذا عرض الولي صحة أحد من المشمولين بولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدوته نتيجة اشتهاره بفساد السيرة أو الأدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال .

وأجاز القانون للمحكمة في الحالتين الرابعة والخامسة أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالأشراف على تربية الصغير وتعليمه بدلا من سلب ولايته إذا رأت مصلحة الصغير في ذلك .

كما أجاز للوزارة أن تعهد بهذا العمل إلى أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، وإذا لم تتحقق الفائدة المرجوة من هذا الأشراف لسبب يرجع إلى الولي جاز رفع الأمر للقضاء لسلب الولاية أو وقفها .

وإذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بالصغير إلى من يلي من سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع أو لم تتوافر فيه شروط أهلية الولاية جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أي شخص أمين عليه ولو لم يكن قريباً له ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بتربيته أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المختصة بذلك .

وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة الحقوق التي حرم منها الولي كلها أو بعضها .

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية بأن وقفت الولي عن بعض حقوقها

فوضت مباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد أقارب الصغير أو أي شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة اجتماعية على حسب ما فيه مصلحة الصغير.

هل يجوز إعادة الولاية المسلوبة ؟

أجاب هذا المرسوم بقانون في مادته الحادية عشرة [1] عن هذا التساؤل فصرح بأنه لا يجوز إعادة الولاية المسلوبة إذا كان الحكم على الولي في الحالة الأولى من حالات وجوب سلب الولاية.

وأجاز إعادتها فيما عدا ذلك في بعض الحالات إذا طلب ذلك الولي بعد رد اعتباره، وفي بعضها بمضي ثلاث سنوات فأجاز إعادتها بعد الطلب ورد الاعتبار له إذا كان سلبها مبنياً على الحالتين الثانية والثالثة من حالات وجوب سلب الولاية، أو بناء على الحالات الثلاث الأولى من حالات جواز سلب الولاية.

فإن كان سلبها بناء على الحالتين الرابعة والخامسة من حالات جواز سلب الولاية جاز الولي استرداد حقوقه التي سلبت منه إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية.

هذا ولم ينفرد القانون المصري بذلك بل شاركه القانون اللبناني في أكثر تلك الحالات.

فالولاية تسقط – فوق سقوطها بفقد الولي شرطاً من شروط أهلية الولاية

---

(١) ونصها: «يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقا للبند ٢، ٣ من المادة الثانية، أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقا للبند ١، ٢، ٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم، ويجوز أيضاً في الأحوال المنصوص عليها في البندين ٤، ٥ من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية» ويلاحظ أن كلا من المرسومين بقانون ١١٨، ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد نصا على أنه يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها بالنسبة إلى المال بحكم القانون دون أن يحتاج إلى صدور حكم بسقوط الولاية على المال.

وبأتمام الصغير سن البلوغ وهـــو ثماني عشرة سنة [1]- بمقتضى قانون العقوبات اللبناني (المواد ٩٠ - ٩٣) كعقوبة اختيارية تحكم بها المحاكم الجزائية على الولي أو الوصي لمدى الحياة أو لأجل يتراوح بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة في الأحوال الآتية .

١ - إذا حكم على الولي أو الوصي بعقوبة جنائية وتبين أنـــه غير جدير بممارسة سلطته على الصغير.

٢ - إذا حكم على الولي أو الوصي بعقوبة جنائية أو جناحية من أجل جريمة اقترفها بحق الصغير أو بالاشتراك معه .

٣ - إذا اقترف الصغير جناية أو جنحة تسببت عن تهاون الولي أو الوصي في تهذيبه أو عن اعتياده أهمال مراقبته .

وعلاوة على ذلك نص القانون ذاته على أن تدابير الأصلاح التي يحكم بها على القاصر توجب تعليق حق الأب أو الأم أو الولي في حفظه وتربيته ففي هذه الحالة يمارس حق الحراسة والتربية باسم محكمة الأحداث الشخص المختار أو رب العيلة أو مدير المؤسسة أو مدير الأصلاحية أو مدير المعهد التأديبي الذي سلم إليه القاصر (المادة ١٢٧) [2].

---

(١) فقد نص قانون حقوق العائلة على أنه يشترط لأهلية الزواج أن يكون الخاطب في سن الثامنة عشرة فأكثر والمخطوبة في سن السابعة عشرة فأكثر وهذه السن موافقة لقول أبي حنيفة وابن عباس ، ونص قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٢١٥) على أن أهلية الالتزام هي تمام الثامنة عشرة وهي موافقة لرأي الأمام مالك في الذكر والأنثى ، كما نص قانـــون تنظيم القضاء الشرعي الجديد في المادة (٣٨٩) على أن فاقدي الأهلية الخاضعين لولاية المحكمـــة الشرعية هم الأيتام دون الثامنة عشرة من عمرهم قبل أن تقرر المحكمة بلوغهم سن الرشد .

(٢) المبادىء الشرعية والقانونية للدكتور صبحي محمصاني ص ٦٢ ، ٦٣ .

الفصل الثاني

في الولاية على المال

يراد بالولاية على المال : السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والأجارة والرهن والأعارة وغيرها .

وهذه الولاية تثبت على العاجزين عن تدبير شئونهم المالية من الصغار والمجانين والمعاتيه باتفاق الفقهاء ، كما تثبت على السفهاء وذي الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة .

أما الصغير : فيمر بمرحلتين حتى يبلغ . **المرحلة الأولى**: مرحلة عدم التمييز وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة ، فجميع التصرفات لوليه ، لأن الصغير فيها لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لا تكون له عبارة معتبرة ، فأي تصرف يصدر منه يكون باطلا .

فإذا بلغ سن السابعة من عمره [1] بدأت **المرحلة الثانية** وهي مرحلة التمييز

---

(١) ولعل السند للفقهاء في تحديد سن التمييز بسبع سنين قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » فإن الأمر بالصلاة لا يكون لمن له تمييز ليعتادها فيما بعد .

وفيها يدرك الفرق بين النافع والضار بصورة إجمالية ، كما يعرف معاني العقود إجمالاً ، فيدرك أن معنى بعت إخراج للشيء من حيازته ، ومعنى اشتريت إدخال للمشتري في حيازته ، فيتحقق له بهذا أهلية للتصرف لكنها ناقصة يحتاج معها إلى رأي وليه ، ومن هنا قرر فقهاء الحنفية إن تصرفاته في هذه المرحلة ثلاثة أنواع :

١ - تصرفات نافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة أو الهدية ، وهذه تصح منه وتنفذ ولا تتوقف على إذن وليه .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبة ماله وأهدائه وإبراء المدين له من الدين وإقراره بالدين ، وهذه باطلة لا تنفذ حتى ولو أجازها وليه ، لأن الولي لا يملكها ابتداء فلا يملك تمليكها لغيره بالإجازة .

٣ - تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها ، وهذه تصح باعتبار ما عنده من إدراك وتمييز وأهلية ناقصة ، ولكنها تتوقف على رأي الولي [١] . إن أجازها - فيحدود ما يملكه من الولاية - نفذت لظهور أن نفعها أكثر من ضررها ، وإن ردها بطلت لظهورأن ضررها أكبر وتستمر هذه المرحلة إلى البلوغ،وهو يكون بالعلامات الطبيعيةإن وجدت وبالسن إن لم توجد ، وهو مقدر عند جمهور الفقهاء بخمس عشرة سنة ، وعليه العمل في القضاء ، وخالف أبو حنيفة فجعله ثماني عشرة سنة للفتى،وسبع عشرة

---

(١) قانون الموجبات اللبناني م ٢١٦ ينص على أن تصرفات المميز التي لا تخضع لأجراء معاملة خاصة تعتبر قابلة للأبطال بناء على طلبه أو طلب وليه أو ورثته ولكن بشرط إثبات وقوع الغبن في العقد ، وإذا كان العقد الذي أنشأه القاصر يخضع لصيغة معينة كوجوب موافقة المحكمة المدنية على عقد المقاسمة مع القاصر أو غير ذلك من الصيغ والشروط فالبطلان واقع من جراء ذلك دون أن يلزم المدعي باثبات وجود الغبن » فلم تعد تصرفاته موقوفة على إجازة الولي بل على عدم وجود الغبن في النوع الأول فهي قابلة البطلان فيه ،،وفي الثاني باطلة إذا لم تراع الصيغ الخاصة المطلوبة قانوناً .

سنة للفتاة ، وجعله مالك ثماني عشرة سنة لهما استناداً لقول ابن عباس في تفسيره لقوله تعالى: « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده» الأنعام - ١٥٢ فقد فسر أشد اليتيم بثماني عشرة سنة فكان حد البلوغ بالسن، ولكن أبا حنيفة أنقص الفتاة سنة لأنها أسرع إلى البلوغ عادة من الفتى .

أما الجمهور فقد استندوا إلى ما رواه الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: « عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني »[١] .

فأجازة الرسول وإذنه بالقتال وهو ابن خمس عشرة سنة دليل على أن أدنى سن للبلوغ مبلغ الرجال هو ذلك[٢] .

وإذا بلغ عاقلا كملت أهليته ولكن لا يسلم إليه المال إلا إذا ثبت رشده ، وهو الأحسان في التصرف في المال بحيث لا ينفقه إلا على مقتضى العقل والشرع،

---

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٨٢ . ومعنى الأجازة الأذن بالخروج للقتال من أجازه إذا أمضاه وأذن له .

(٢) الجعفرية جعل هذه السن لبلوغ الفتى وهي الرواية المشهورة عندهم وفي رواية من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة وفي ثالثة أذا بلغ عشراً وكان بصيوا كما في شرائع الإسلام جـ ١ ص ٤ ٢ والمختصر النافع ص ١٦٤، ولعل هذه الرواية هي سند منعهم من انعقاد تصرفات الصغير ولو كان مميزاً ألا إذا بلغ عشر سنوات وتصرف في وجوه الخير كما جاء في مفتاح الكرامة ج ٥ ص٢٤٩ ، ص ٢٥٢ .

أما سن البلوغ للفتاة فهو تسع سنين قولا واحد كما في المراجع السابقة، وفي فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٦٩ بعد أن قرر ذلك علق عليه في هامش هذه الصفحة بقوله : والفقه الجعفري لم ينفرد بهذا ففي كتاب ابن عابدين وهو من أهم المراجع في المذهب الحنفي « وأدنى مدة البلوغ للذكر اثنتا عشرة سنة وللأنثى تسع سنين وهو المختار كما في أحكام الصغار اهـ .

ونحن نقول : إن قول الحنفية هذا ليس في مقام اثبات البلوغ بالسن وإنما في مقام آخر وهو أدنى سن تصدق فيه دعوى البلوغ من الفتاة بدليل مقابله وهو اثنتا عشرة في الفتى، أما البلوغ بالسن إذا لم توجد العلامات الطبيعية فهو خمس عشرة سنة لهما عند الصاحبين وهو المفتى به .

وما دام لم يسلم إليه ماله تبقى الولاية المقيدة لتصرفاته فلا يتصرف إلا بالأذن .

ولم يحدد الفقهاء للرشد سناً معينة ، لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، بل وكلوا ذلك إلى التجربة والاختبار وهو قول الصاحبين من الحنفية والجعفرية ، أيضاً وزادوا أنه يثبت بشهادة رجلين عدلين في الذكور والأناث وبشهادة النساء وحدهن أو مع الرجال في الأناث فقط .

وسند هذا الرأي قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فأن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » النساء ـ ٥ ، ٦ فإذا ثبت الرشد بالفعل سلم إليه ماله .

وذهب أبو حنيفة إلى أن ذلك يستمر إلى خمس وعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله وإن لم يرشد بالفعل ، لأن الغرض من منع المال عنه تهذيبه وتأديبه بصورة حسية ، فإذا بلغ هذه السن ولم تفد التجارب معه لم يكن هناك أمل في ذلك ، وحينئذ يدور الأمر بين منع ماله عنه وفيه إهدار لكرامته وهو عاقل وبين دفع المال إليه والمحافظة على كرامته كأنسان ، وإذا دار الأمر بين الأنسانية والمال رجحت كفة الأنسانية ومنع الحجر عليه ، ولأنه يكون في هذه السن إمكان أن يكون جدا وأنا أستحي أن أحجر عليه .

ولأنه مخاطب بالتكاليف الشرعية مأمور بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » المائدة ـ ١ وفي الحجر عليه معارضة لهذه الآية

ولكن الراجح هو رأي الجمهور لقوة أدلتة السابقة مع أن القرآن صرح بأن للسفيه وليا في قوله سبحانه في آية المداينة في سورة البقرة ـ ٢٨٢ « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » فقد جعل للسفيه ولياً يتصرف عنه .

ولأن الحجر على السفيه فيه مصلحة له من المحافظة على ماله الذي يمتد إلى ورثته من بعده ، فلو ترك يتصرف فيه لأضاعه وأصبح عالة على المجتمع .

وإذا كان الفقهاء لم يحددوا سنا معينة فقد حدد القانون الوضعي للرشد المالي سناً معينة إذا بلغها الشخص كان رشيداً وارتفعت الولاية عنه وسلم إليه ماله إلا إذا ثبت من تصرفه ما يقتضي الحكم بإبقاء الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد ، فحددها القانون المصري بأحدى وعشرين سنة ميلادية والقانون اللبناني بثماني عشرة سنة وقد جعلها سنا للبلوغ والرشد معا .

وفائدة هذا التحديد تظهر في سهولة التطبيق القضائي واستقرار المعاملات المالية .

أما المجنون : وهو عديم العقل فيأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان جنونه مطبقاً أو متقطعاً في حال الجنون ، أما في حال الأقامة فهو كالعاقل .

أما المعتوه : وهو قليل الفهم فاسد التدبير مختلط الكلام فيأخذ حكم الصغير بعد سن التمييز .

وأما ذو الغفلة : وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة ويغبن في البياعات لضعف إدراكه فيأخذ حكم السفيه . وهو البالغ العاقل غير الرشيد يحجر عليه ويمنع عنه ماله .

من تثبت له الولاية المالية :

تثبت الولاية المالية على الصغير عند الحنفية للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه، ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا،ثم لوصيه ثم لوصي وصيه، ثم للقاضي

ثم لوصي القاضي [1] .

فهي تثبت للأب أولاً ، فإن لم يوجد وكان قد اختار وصياً ليدير شئون أولاده المالية ثبتت لهذا الوصي وإن كان الجد موجوداً ، وكذلك إذا اختار وصي الأب وصياً ليقوم بدله ، فإن لم يوجد هذا الوصي أو كان وتوفى كانت الولاية للجد ، ثم من بعده لوصيه ولوصي وصيه إن وجد ، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كانت الولاية للقاضي الذي يعين في الغالب وصيا يتولى ذلك الأشراف .

وتقديم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم ، وكان وصي الأب مقدماً على الجد لأن اختيار الأب وصيا مع وجود الجد دليل على أنه أولى من الجد ، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجد عن الوصي ، وإرادة الأب في شئون ولده محترمة في حياته فكذلك تحترم بعد وفاته .

هذا وليس لأحد من العصبات غير الأب والجد حق في الولاية على المال إلا إذا جاءت بطريق الوصاية من الأب والجد أو الاختيار من القاضي وكذلك لا حق للنساء إلا من هذا الطريق [2] .

---

(١) أما المالكية والحنابلة فتثبت الولاية عندهم للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه فلم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصيا من قبل الأب أو القاضي قالوا : لأنه لا يدلي إلى الصغير بنفسه وإنما يدلى إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ .

أما الشافعية فجعلوها أولا للأب ثم للجد ثم لوصي من تأخر موته منهما ثم للقاضي ثم لمن يقيمه وصياً ، لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لوفور الشفقة عنده مثل الأب ولذلك تثبت له الولاية في التزويج فتثبت ولايته في المال أيضاً .

(٢) وبهذا تفترق الولاية على المال عن الولاية على النفس فالأولى ضيقة الدائرة والثانية دائرتها أوسع فتشمل كل العصبات بل تتعداها إلى غيرهم من ذوي الأرحام من الرجال والنساء عند أبي حنيفة . ولهذا قد تجتمع الولايتان لشخص واحد وقد تنفرد إحداهما عن الأخرى فيكون للمال ولي وللنفس ولي آخر في وقت واحد كالأخ مع الوصي عند عدم الأب والجد .

أما الجعفرية : فالولاية على المال عندهم كالولاية على النفس تكون للأب والجد وإن علا في مرتبة واحدة يشتركان فيها على ما بيناه فيما سبق، ثم لوصي أحدهما مع فقد الآخر ثم للقاضي ، وله أن يعين وصيا إذا آلت الولاية له.[1]

أما الولاية على المجنون والمعتوه : فإذا كان المجنون أو العته مصاحباً للبلوغ فإن الولاية تكون للأولياء السابقين لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما يقتضي رفعها فتستمر إلى الأفاقة قولاً واحداً في المذهب الحنفي .

أما إذا بلغ الصغير عاقلا سليما ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد رفع الولاية عنه فالراجح في المذهب الحنفي عود الولاية إلى الولي السابق لوجود العجز المقتضى للولاية وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه .

ويذهب زفر إلى أن الولاية تكون للقاضي ابتداء ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت بالبلوغ مع العقل والساقط لا يعود .. لكن هذا غير مقبول ، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب أو الجد وأهليتها متحققة وشفقتها متوفرة ، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي ، فلا يعقل أن يعين وصياً أجنبياً مع وجود واحد منهما .

والجعفرية : يفصلون كذلك بين المتصل بالصغر والطارىء ، ففي المتصل تكون الولاية للأب والجد قولاً واحداً، وفي الطارىء المتجدد بعد الرشد فالولاية للحاكم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود إلا بدليل كقول زفر السابق .

وقال صاحب الجواهر وصاحب مفتاح الكرامة : الأحوط توافق الجد والأب مع الحاكم . أي أن التصرف بمال المجنون الذي انفصل جنونه عن صغره يكون برأي الجميع .

---

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، العروة الوثقى ج ٢ ص ٤٠٦ .

أما الولاية على السفيه وذي الغفلة : فتثبت أيضاً للأولياء السابقين إذا كان السفه والغفلة متصلين بالصغر عند محمد بن الحسن ، وعند أبي يوسف تكون للقاضي ابتداء .

أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه أو الغفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين قيما يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته، لأن الحجر للمحافظة على أموالها لا لنقص أهليتها ، والنظر في مثل هذه الحالة للحاكم الذي ينوب عنه القاضي .

والجعفرية يفصلون أيضاً بين المتصل بالصغر والطاريء، ففي السفه الطاريء تكون الولاية للحاكم دون الأب والجد قولاً واحدا ، واختلفوا في المتصل بالصغر على قولين . أحدهما تكون للأب والجد استصحابا للولاية السابقة ، وثانيهما أنها تكون للحاكم [1] . فهو متفق في هذا مع مذهب الحنفية .

هؤلاء هم أصحاب الحق في الولاية على المال في مذهبي الحنفية والجعفرية وعليها العمل في المحاكم السنية والجعفرية في لبنان .

أما في مصر فقد كان يجري العمل في القضاء على مذهب الحنفية إلى أن صدرت تشريعات وضعية عدلت بعض أحكام الولاية كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على المال فقيد دائرة الأولياء وأصبح عمل المحاكم الحسبية بمقتضاه .

فمادته الأولى تنص على أن « الولاية للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » .

---

(١) شرائع الاسلام ج ١ ص ٢٠٠ ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ١٠٥ .

والمادة ٢٩ منه تنص على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا » .

ومن هاتين المادتين يكون القانون قد ضيق دائرة الولاية على المال وجعلها للأب ثم لوصيه ويسمى الوصي المختار ، فإن لم يكن واحد منهما تكون للجد ثم من بعد الجد للقاضي ينوب عنه وصيه .

فقد ألغى وصي وصي الأب كما ألغى وصي الجد ووصيه ، ولم يجعل حق الأيصاء إلا للأب وللقاضي ، وفي المذاهب الأخرى متسع لهذا الألغاء [١] .

كما أنه جعل تلك الولاية إلزامية لمن ثبتت له لا يجوز له التنحي عنها إلا بإذن من المحكمة محافظة على مصلحة الصغير لتستطيع المحكمة عند الاستئذان في التنحي أن تتخذ من الأجراءات ما يكفل مصلحة المولى عليه إذا وجدت سبباً يدعو إلى التنحي كالشيخوخة أو المرض المعجز عن مزاولة أعمال الولاية. ولأن ولايتهما كما أنها حق لهما هي واجبة عليهما لأنها ولاية ذاتية أصلية أثبتها المشرع لهما دون توقف على تعيين أو قضاء فلا يجوز لأحدهما التنازل عنها إلا بمسوغ شرعي [٢] .

شروط الولي على المال :

شرط الفقهاء لأهلية الولاية على المال الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ والعقل والحرية ، لأن ناقصها لا ولاية له على ماله ، فلا تكون له ولاية على غيره .

---

(١) كما ألغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ .

(٢) ومثلهما في ذلك القاضي فهو يستمد ولايته من الشرع ويمارسها دون قرار قضائي ، أما الأوصياء فولايتهم اختيارية ممن يملك ذلك ، ولا تكون إجبارية فلهم عدم قبولها ابتداء .

٢ ـ ألا يكون سفيها يخشى على مال القاصر من تصرفاته، فإن كان محجوراً عليه بالفعل فالأمر ظاهر ، لأن الممنوع من التصرف في ماله يمنع من التصرف في مال غيره من باب أولى ، وإن كان غير محجور عليه بالفعل لكنه يستحق الحجر فلا ولاية له أيضاً لعدم ائتمانه على المال ، فقد جاء في كتاب جامع أحكام الصغار « إن الإبن إذا آل إليه ميراث من أقاربه وأبوه حي موجود فلو كان أبـــوه مبذرا ومستحقاً للحجر عليه على رأي من يرى الحجر لا تثبت الولاية لهذا الأب مطلقا » وهذا الشرط يتفق مع رأي الصاحبين القائلين بالحجر على السفيه وهو المفتى به ، وأما على رأي الأمام فلا يشترط هذا الشرط فتكون للأب السفيه ولاية على مال ابنه ولكن تصرفه يقيد بما لا يضر بمال الصغير ، وسيأتي بيانه في تصرفات الأب .

٣ ـ أن يكون متحداً مع القاصر في الدين، فإن كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون . كأن تكون أمهم قد أسلمت وهم صغار وبقي الأب على دينه فيكون الأولاد مسلمين تبعاً لأمهم ، لأنهم يتبعون خير الأبوين ديناً فلا تثبت الولايـة للأب عليهم في هـــذه الحالة ، وكذلك لو كان الأب أسلم وتوفى وترك أولاده المسلمين فلا يكون لجدهم المخالف له في الدين ولاية عليهم .

وهذا الشرط في غير القاضي ، لأن ولاية القاضي ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذي هو ولي من لا ولي له من رعاياه مسلمين وغير مسلمين .

وقد نصت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهليـــة اللازمه لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

فهذه المادة تناولت الشرطين الأول والثاني ، وأما الثالث وهو الاتحاد في الدين فقد جاء اشتراطه صريحاً في الوصي في المادة ـ ٢٧ ـ ولا فرق بين الولي والوصي في ذلك ، ولأن أصل القانون هو الفقه الإسلامي وهذا من مبادئه .

سلطة الولي في التصرفات :

الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيـــه مصلحة المولى عليه ، وعلى ذلك لا يملك التصرفات الضارة ضررا محضاً . كهبة جزء من مال المولى عليه أو التصدق به ، فإذا صدرت منه كانت باطلة ، ويملك التصرفات النافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة والصدقة والوصية ، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والشركة بشرط ألا يكون فيهـا ضرر ، فإن كان فيها ضرر كانت باطلة، هذا إجمال لحكم التصرفات، أما تفصيلها فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها ، وإليك البيان .

تصرفات الأب : يفصل الحنفية في الآباء فيصنفونهم أصنافاً أربعة .

الصنف الأول . أب معروف بالتبذير والأسراف وعدم الأمانة على المال ، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده ، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجوداً ، وإلا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ماينفعهم ويحافظ على مصلحتهم .

الصنف الثاني : أب معروف بفساد الرأي وسوء التدبير لكنه أمين على المال غير مبذر فيه ، وهذا يستحق الولاية نظراً لأمانته وعدم تبذيره ، ولأنه أقرب الناس إلى أولاده موفور الشفقة عليهم ، ولكنه يراقب في تصرفاته فيمنع من كل ما يضر بمصلحة الصغير ، فيشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفـع والضرر أن تكون فيها منفعة ظاهرة ، فإن تحققت نفذت وإن لم تتحقق ألغى التصرف .

ولقد وضع بعض الفقهاء معيارا للمنفعة الظاهرة في بيع العقار أن يكون بضعف قيمته ، وفي شرائه أن يكون بنصف القيمة ، وفي بيع المنقول أن يكون بزيادة تساوي نصف قيمتـه وفي شرائه أن يكون بنقص يساوي ثلث

قيمته فيبيع ما قيمته ستة بتسعة ، ويشتري ما قيمته تسعة بستة وقيل غير ذلك لكن الفتوى على الأول .

الصنف الثالث : أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد رأي ولا تبذير .

الصنف الرابع : أب معروف بحسن الرأي والتدبير والتصرف . وهذا والذي قبله تثبت لهما الولاية الكاملة ومطلق التصرف في أموال من في ولايتهما صغاراً كانوا أو غير صغار .

فيملك الواحد منهما كافة التصرفات التي يملكها في ماله ، ولا يستثنى منها إلا ما فيه ضرر محض كالتبرع والصدقة وما في معناهما ، لأن التبرع إخراج لمال الصغير بدون عوض فيكون ضرراً محضاً .

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقارا كانت أو منقولاً ويشترى لهم ما دام ذلك البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير مما يتغابن فيه الناس عادة ، ولا يملك أحد نقص تصرفه حتى الصغير إذا بلغ لا يملك ذلك ، لأنه صدر عن ولاية تامة .

أما إذا كان البيع والشراء بغبن فأحسن فإنه لا يكون صحيحاً ، لأنه في معنى التبرع وهو ممنوع منه فيبطل البيع وينفذ الشراء على الأب لأمكان تنفيذه بدون ضرر بالمولى عليه .

ويجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه أو يبيع ماله له ما دام خالياً من الغبن الفاحش ، ويتم العقد بعبارته وحدها . كبعت هذا إلى ابني أو اشتريت هذا من ابني ، وهي من الصور المستثناة من القاعدة العامة عندهم التي تمنع تولي الشخص الواحد طرفي العقد في العقود المالية بعبارة واحدة ، وخالف في ذلك زفر تمسكا بالقاعدة كما يجوز أن يؤجر ماله ويستأجر له بدون غبن فاحش ،

ولا يجوز له أن يؤجر أموال الصغير لمدة طويلة لأنها غالباً تكون بأجرة ناقصة ففيها ضرر بأموال الصغير .

وله أن يودع أموال القاصر ولو كان الأيداع بأجر ، لأنه من طرق المحافظة على أموال القاصر .

كما أن له أن يعير أموال الصغير إذا كان العرف يجري بذلك ، لأنه كما يعير آلاته يستعير له من غيره فهو من قبيل تبادل الخدمات .

أما إذا كانت الآلة معدة للاستغلال والتأجير فلا يملك إعارتها ؛ لأن إعارتها تضييع لأجرتها عليه ، ولا يجوز له أن يقرض أموال الصغير لا لنفسه ولا لغيره ، لأن الأقراض تعطيل للمال عن الاستثمار وهو مأمور بتنميته ما استطاع .

ولا يجوز له أن يهب من ماله شيئاً ولا أن يتصدق به ولا التبرع بشيء منه حتى ولو كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي ، لأنها تصرفات ضارة ضررا محضاً وهو لا يملكها .

والحكم في الهبة شامل للهبة بعوض وبلا عوض عند الشيخين ، لأنها هبة على كل حال في ابتدائها .

وجوز محمد بن الحسن الهبة بعوض ،لأنها وإن كانت تبرعاً ابتداء فهي معاوضة انتهاء فتكون في معنى البيع ، وله أن يرهن مال القاصر في دين على [illegible] ، لأن هذا التصرف من مقتضيات التصرف في أمواله ولا ضرر فيه حتى و[illegible] أخذ الرهن في مقابلة الدين لأنه وفاء له وهو مطلوب منه .

واختلفوا في جواز رهن الأب مال القاصر في دين على الأب . فجوزه أبو حنيفة ومحمد ومنعه أبو يوسف وزفر ، وجه الأول : أن للأب أن يودع مال القاصر اتفاقاً فيكون له رهنه من باب أولى ، لأن الوديعة إذا هلكت بدون تعد أو تقصير في الحفظ لا تضمن ، والرهن إذا هلك عند المرتهن يكون مضمونا على كل حال ، فإذا هلك بالتعدي أو بالتقصير يضمن بقيمته كاملة ، وإذا هلك بدون

تعد ولا تقصير كان مضموناً بالأقل من قيمته يوم قبضه الدين،[1] وفي كل الحالات يضمن الأب لابنه مقدار ما يُضمنه للمرتهن .

وجه قول أبي يوسف وزفر أن هذا يؤدي إلى ضياع جزء من مال القاصر في سبيل إيفاء الأب دينه بطريق الرهن وهو لا يجوز لأنه ضرر محض ، ولأن في الرهن تعطيلا لمنفعة المال لأنه يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين وقد يطول وقت الحبس لعجز الأب عن السداد لدينه ، بخلاف الأيداع لأن الأب يملك استرداده في أي وقت ، ولأن الأيداع يقصد به أولا حفظ المال وهـــو منفعة تعود على صاحب المال ، أما الرهن فمنفعته راجعة إلى الأب .

ومع وجاهة هذا الرأي رجح الفقهاء قول أبي حنيفة ومحمد لأنـــه مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يقضي بالقول الآخر .

هكذا قرر الفقهاء هذه المسألة وتوضيحها أن الرهن يترتب عليه ضياع لجزء من أموال الابن وهو ضرر محض، والأصل أن الأب ممنوع من كل تصرف في مال ابنه ينطوي على ضرر محض وهو مقتضى القياس أي القاعدة العامة فيمنع منه وهو ما ذهب إليه أبو يوسف وزفر .

لكن أبا حنيفة ومحمدا استثنيا هذه الجزئية وجوزا للأب رهن مال ولده مع ما فيه من ضرر في بعض صوره واستندا إلى قياس الرهن على الأعارة وجعلوه قياساً أولوياً فكان استحساناً لاستثنائه من عموم القاعدة ، لكن القياس ظهر أنه مع الفارق فلا يصح فضلا عن أن يكون أولويا .

---

(١) ومعنى هذا أن الرهن إما أن تكون قيمته وقت التسليم إلى المرتهن مساوية لقيمة الدين فيسقط الدين بهلاكه ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين فيسقط من الدين مقدار الرهن ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين فيسقط الدين ولا يطالب الأب المرتهن بزيادة الرهن على الدين لأنها أمانة في يده فتهلك مجاناً لأنها لا تضمن إلا بالتعدي وفي هذه الحالة يضمن الأب لابنه مقدار الدين فتضيع عليه الزيادة البدائع ج ٦ ص ١٣٥ .

وإذا أردنا تصويره استحساناً صحيحاً نقول : نعم إن الرهن في بعض صوره يلحق الضرر بمال الابن، ولكن الأب له حق في مال ابنه بمقتضى الحديث « أنت ومالك لأبيك » فقد يضطر الأب إلى رهن مال ابنه في دين عليـــه فيجوز له الرهن من هذه الناحية لكن ينبغي أن نقيد ذلك بما إذا لم يجد الأب مالاً يرهنه في الدين الذي عليه ، أما إذا وجد من ماله ما يصلح للرهن فلا يجوز له رهن مال ابنه لأن الاستثناء ضرورة تقدر بقدرها .

فلو قلنا إن الفقه يجوز للأب الرهن إذا لم يكن عنده ما يصلح للرهن ، أما إذا كان في ماله ما يصلح لذلك فلا يجوز له يكون قـــولا وسطاً بين القولين مستنداً إلى الأصول الصحيحة .

تلك هي تصرفات الأب بحكم ولايته في أموال القاصر في الفقه الحنفي ، ومع هذا فإنه لا يطالب قضاء بتقديم المسوغات لتصرفاته في أموال أبنائه ما دامت غير ظاهرة الضرر اكتفاء بحسن رأيه وتدبيره ، فإذا كان الضرر ظاهراً تدخل القضاء محافظة على أموال القاصر .

لكن الموسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أدخل على تلك الأحكام بعض القيود والاستثناءات فأجاز له أكثر التصرفات التي جوزها له المذهب الحنفي ، ومنعه من بعض هذه التصرفات ، وأوجب عليه استئذان المحكمة المختصة في بعضها ، وبينت المذكرة الأيضاحية أسباب ذلك .

فجعل للولي أبا أو جدا إدارة أموال القاصر والتصرف بها في نطاق تلك القيود كما نصت عليه المادة الرابعة ونصها : « يقوم الولي على أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون » بعد أن أخرج منها المال الذي يؤول إليه بطريق التبرع إذا شرط المتبرع ذلك كما صرحت به المادة الثالثة وهي تنص على أنه .

« لا يدخل في الولايه ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

وملحظه في هذا احترام إرادة المتبرع الذي قد يرى لسبب من الأسباب جعل هذا المال المتبرع به بعيداً عن سلطة الولي حتى لا يكون شمول ولاية الولى لمثل هذا المال سببا لحرمان الصغير من تلك التبرعات [1].

وفيما عدا ذلك وتلك القيــود والاستثناءات يبقى للأب كافة التصرفات الأخرى في نطاق الشريعة الأسلامية كما جاء في المذكرة الأيضاحية .

والباعث للمشرع على وضع هذه القيود كفالة الاستقرار في المعاملات، وسهولة التطبيق لأن الفصل بين أصناف الآباء في تفصيل الحنفية والتمييز بينها يبــدو عسيرا فلا يمكن الأخذ به في وقتنا الحاضر .

وإليك ما جاء بشأن تصرفات الولي في القانون .

فالمادة الخامسة منعته من التبرع من مال القاصر ، واستثنت التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي فجوزته بأذن المحكمة ، فإذا تبرع بدون الأذن كان التبرع باطلا وألزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص .

وهذا التبرع وإن كان فيه إخراج جزء من المال بدون مقابل إلا أن المشرع لم ير فيه إتلافاً للمال لأن فيه نفعاً من ناحية أخرى ، لأنه إذا كان لواجب عائلي كمساعدة الأقارب أو مواساتهم فهو داخل في نطاق التكافل الاجتماعي في محيط الأسرة ، وفي كثير من صوره يشبه الهبات بعوض فكان في معنى تبــادل المنافع بين أفراد الأسرة الواحدة ، وإذا كان في واجب إنساني كالتبرع لأنقاذ ضحايا ومنكوبي حريق أو لأنشاء مدرسة أو ملجأ أو مستشفى فهو تعاون في خدمة عامة للمجتمع ، ويمكن إدخاله في نطاق الزكاة وهي واجبة في مــال

---

(١) ويكون التصرف في هذا المال للوصي الذي تختاره المحكمة للتصرف في هذا المال خاصة إن لم يكن المتبرع اختار وصيا خاصا بهذا المال فإن كان وجب عرض الأمر على المحكمة لتقر هذا الاختيار م ٥٨ .

الصغير عند جمهور الفقهاء ، وبهذا لا يكون من باب الضرر المحض وبخاصة أنه مقيد بأذن المحكمة التي تقدر الأمر تقديراً سليما ولا تأذن فيه إلا إذا كان مال القاصر يتحمله ولا يلحق به الضرر .

والمادة السادسة : منعته من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، وهذا المنع مراعاة لمصلحة الصغير لاحتمال أن يكون في هذا التصرف محاباة لأحد هؤلاء الأقارب ، فتوقفه على إذن المحكمة نفى لهذه التهمة لأنها لا تأذن بما فيه محاباة .

كما منعت هذه المادة الولي من رهن عقار القاصر في دين على نفسه مطلقاً لا بأذن المحكمة ولا بغير إذنها وهو قول أبي يوسف وزفر كما قدمنا ، وقد أحسن المشرع صنعا بذلك حيث جنب أموال القاصر من التعرض لخطر الرهن الذى قد يستغله الأب كلما لحقه دين وبخاصة أن القانون جعل حق الولاية لكل أب دون تفرقة بين حسن التدبير وسيء التدبير ولا بين المبذر وغير المبذر ، ومن أجازه من الحنفية لم يجزه إلا لأب أمين حسن التدبير أو على الأقل مستور الحال كماقدمنا، ولو كان أجازه بإذن المحكمة في صورة الضرورة التي أشرنا إليها سابقاً لكان أوفى وأحسن .

والمادة السابعة منعت الأب من التصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولم تجعل للمحكمة رفض الأذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر ، كما لو أراد الأب بيعها نسيئة لشخص غير مأمون اليسار ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة [1] .

---

(١) والحالة الأولى وهي تعريض مال القاصر للخطر سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها كما جاء في المادة العشرين من هذا المرسوم بقانون ، والحالة الثانية موافقة للأحكام المقررة في القانون المدني ، وهي حالة كانت تستوجب بطلان التصرف في الشريعة الأسلامية كما سبق بيانه .

والذي دعا إلى هذا التقييد تعقد المعاملات وحاجة الأب إلى التماس التوجيه السليم من أصحاب الخبرة وفي هذا احتياط وضمان لمصلحة القاصر .

ويلاحظ هنا أن هذا التقييد لا يسري على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع عن أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً فلا يلزمه استئذان المحكمة في تصرفه فيه كما لا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال كما نصت عليه المادة الثالثة عشرة .

والمادة الثامنة منعت الولي أن يتصرف في المال الموروث للقاصر إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها إذا كان مورثه قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في ذلك المال الموروث ، لأن في ذلك احتراماً لرغبة المورث في إبقاء أصل المال للقاصر لما قد يراه من ضمان لتربية القاصر أو تعليمه أو استمراره في الحصول على ريعه مع إصابته بعاهة أو مرض لا يمكن الشفاء منه .

وقد رأى المشرع ألا تكف يد الولي عن التصرف في مال الصغير إذا ما كانت للصغير مصلحة في ذلك لمجرد وجود ذلك الشرط فأباح له التصرف بشرط الحصول على إذن المحكمة التي تراعي التوفيق بين رغبة المورث في تحقيق الأغراض التي رمى إليها وبين ما قد تكون للصغير أحياناً من مصلحة في إجراء التصرف .

والمادة التاسعة منعت الولي من إقراض مال الصغير واقتراضه إلا بإذن المحكمة حتى تتحقق من أن الإقتراض تدعو إليه حاجة القاصر ، أو أن الأقراض لشخص مأمون لئلا يتعرض مال الصغير للضياع وكل من الأقراض والاقتراض من أعمال الأدارة التي رأى المشرع ألا يبرمها الولي بدون إذن المحكمة لأن الأقراض إخراج المال من تحت يده واحتمال ضياعه لأفلاس المقترض أو مماطلته في إداء ما عليه من ديون ، والاقتراض يتضمن مديونية القاصر وتحمل ذمته بأعباء مالية .

والمادة العاشرة منعت الولي من تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد إلا بإذن المحكمة ، لأن الولاية تنقضي ببلوغ القاصر هذا السن ، وفي هذا تقييد لأرادة القاصر ، لأنه قد يرى بعد بلوغـــه سن الرشد تأجير العقار بصورة مختلفة عما فعله الولي ، فتقييده بأذن المحكمة منع لهذا الأمر المحتمل لأنها قد ترى مصلحة القاصر في هذا التأجير فتأذن فيه .

والمادة الحادية عشرة : منعت الولي من الاستمرار في تجارة آلت للقاصر إلا بأذن المحكمة .

وقد روعي في هذا ما للاستمرار في التجارة من أهميـــة خاصة تستدعي مسئولية القاصر في ماله ، ولما تتطلبه الأعمال التجارية من خبرة معينـة ، فإذا أذنت المحكمة وجب على الولي مراعاة حدود الأذن ولا يتجاوزه .

والمادة الثانية عشرة : منعت الولي من قبول هبـــة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بأذن المحكمة .

والحكمة في هذا واضحة لأن الالتزام الذي صاحب الهبة أو الوصية قـد يكون مضيما لفائدتها فيجعلها عبئاً على الصغير ، فالمحكمة تبحث ذلك لترى هل فيها فائدة فتأذن أولا فترفض .

والمادة الرابعة عشرة : أجازت للأب وحده أن يتعاقد مـع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

وعلى هذا يجوز للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر في غير ما استثناه هذا القانون أو غيره ، ويكون هذا النص استثناء من المادة (١٠٨) مـــن القانون المدني الخاصة بمنع الشخص من التعاقد مع نفسه فلا يسري حكمها على هذا الاستثناء

وقد صرحت المذكرة الأيضاحية بأن المشرع قد رأى في ذلك الأبقاء على المبدأ الذي تقرره الشريعة الإسلامية ولا سيما أن افتراض وفرة الشفقة في الأب يشفع في إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع .

تصرفات الجد في ولايته :

اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين .

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات ، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب - وسيأتي بيانها - لأنه يلي الوصي في المرتبة فلا يكون له اختصاص أكثر من ذلك الوصي ، ولو كان مساويا للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية المالية .

ويرى محمد بن الحسن أنه يملك ما يملكه الأب لا فرق بينهما ، لأن ولايته أصلية أثبتها له الشارع ولم يستمدها من أحد حيث ثبتت له باعتباره أبا عند فقد الأب ، ولأنه موفور الشفقة كالأب فيملك ما يملكه ، وتأخره في المرتبة عن وصي الأب لاحترام إرادة الأب لا لأنه أضعف في ولايته من وصي الأب .

ومع وجاهة رأي محمد فقد اختار الفقهاء الرأي الأول للفتوى .

وعلى القول بتساوي الجد مع وصي الأب في نطاق الولاية فرقوا بينهما في أمرين .

أولهما : أن الجد يملك التعاقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر من غير غبن فاحش ، أما الوصي فلا يملك ذلك إلا إذا كان في البيع والشراء مصلحة ظاهرة . كأن يشتري عقار الصغير بضعف قيمته وأن يبيع عقاره للصغير بنصف قيمته عند أبي حنيفة كما سيأتي .

وثانيهما : أن وصي الأب يملك بيع أعيان التركة عقاراً أو منقولا في سداد

الديون وإن كان بعض الورثة كباراً لقيامه مقام الأب في تركته ، فيتولى تسديد ديونه بمقتضى الأيصاء ، وكذلك له تنفيذ الوصية .

أما الجد فلا يملك ذلك إذا كان بعض الورثة كباراً ، لأن ولايته بحكم الشرع على الصغار فقط فيقتصر تصرفه على بيع ما يخص الصغار فقط .

والقانون جعل ولاية الجد كولاية الأب في الجملة حيث أدخلها تحت عنوان واحد وهو الولي الذي جعل له أحكاما خاصة تخالف أحكام الوصي ولكنه فرق بينهما في الأمور الآتية :

١ ـ أن للأب التصرف في مال القاصر دون أذن المحكمة إلا ما استثناه هذا القانون كما سبق بيانه .

أما الجد فلا يتصرف في هذا المال قليلا كان أو كثيراً ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها إلا بأذن المحكمة مادة ـ ١٥ .

٢ ـ إن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك مادة ـ ١٤ .

أما الجد فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا بأذن المحكمة بمفهوم المادة السابقة وإذا أذنت له المحكمة في هذا التعاقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام العقد مع الجد .

٣ ـ أن الأب لا يسأل في أعمال ولايته إلا عن الخطأ الجسيم كتصرفه بغبن فاحش .

أما الجد فيسأل عن خطئه ولو كان يسيراً معاملة له معاملة الوصي مادة ـ ٢٤ .

وقد راعى هذا النص المفرق بينهما تلك الروابط الوثيقة بين الأب وولده

والتي تشفع للأب إذا ارتكب خطأ يسيرا كالذي يقع في مال نفسه ، أما الجد فقد عاملته معاملة الوصي فيخضع لنص المادة – ٣٦ .

٤ – أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر عدا المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة كما جاء بالفقرة الثانية من المادة – ٢٥ – لأن عدم محاسبته على ريع هذا المال الموهوب لغرض معين تفويت لغرض الواهب ، بخلاف الجد فإنه يحاسب على كل ريع لمال القاصر لأن المادة – ٢٦ –[1] تنص على أنه تسري على الجد الأحكام المقررة في هذا القانون في شأن الحساب ، وقد ألزمت المادة – ٤٥ – منه الوصي : أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ولا يعفى من ذلك إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وصي الأب :

إذا اختار الأب شخصاً ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته تكون له الولاية بعد وفاته إذا توافرت فيه شروط الوصاية ، ومرتبته في الولاية مقدمة على ولاية الجد كما قدمنا .

وقد أجاز الفقهاء للجد أن يوصي قبل وفاته ويكون وصي الجد ، ويتولى الأموال بعد وفاة الجد كذلك ، لكن القانون قصرحق اختيار الوصي على الأب ولم يجعله للجد ، وتكون إقامة الوصي المختار بعقد الإيصاء الذي يتم بالأيجاب والقبول بأي لفظ يفيد تفويض الأمر إلى الوصي . كجعلت فلانا وصياً أو عهدت إليه بمال أولادي ، أو جعلت هذا وصيا وما شابه ذلك .

---

(١) ونصها « يتسلم الوصي أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدني » .

والقبول يكون بالقول في حياة الموصي وبعد وفاته، وكذلك يكون بالفعل بعد وفاته كتصرفه في المال، ولا يشترط شرعاً كتابة هذا العقد ، ولكن القانون شرط أن يكون الاختيار ثابتاً بورقة رسمية، أو ورقة عرفية مصدق على توقيع الأب ، أو بورقة مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه منعاً للمنازعات في إثباته .

كما لا يصير الشخص المختار وصياً في نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة بأن وجدته أهلا للوصاية ، فإن لم تجده أهلا لها ألغت هذا الاختيار وعينت وصياً بدله .

وعقد الأيصاء غير لازم في حياة الموصي فله أن يرجع عنه في أي وقت مادة – ٢٨ .

شروط الوصي :

شرط الفقهاء في أهلية الوصي مطلقا مختارا من الأب أو معيناً من القاضي . أن يكون كامل الأهلية عدلاً أميناً قادراً على إدارة شئون من له الوصاية عليه ، وأن يكون متحدا في الدين مع من جعلت له الوصاية عليه .

وهذه الشروط معتبرة بعد وفاة الموصى في الوصى المختار ، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصاية ، فلا اعتبار لتخلفها قبل ذلك ، لأنها شروط لنفاذ الوصاية لا لأنشائها ، فإن لم يكن أهلا في هذا الوقت عدل عنه وعين القاضي غيره إن لم يوجد من يستحق الولاية كما في إيصاء الأب والجد غير موجود .

ويستوي في الوصي بعد توفر الشروط الرجـــل والمرأة والقريب الوارث وغير الوارث والأجنبي .

والقانون في المادة – ٢٧ – أجمل الشروط في أنه يجب أن يكون الوصي عدلاً كفؤا ذا أهلية كاملة ، وأن يكون متحداً في الدين مع القاصر ، فإن كان

الدين يشتمل على مذاهب وطوائف يشترط الاتحاد في الطائفة كالأقباط الكاثوليك. فإن لم يكن فمن أهل مذهبه كالكاثوليك أو الأرثوذكس، فإن لم يكن فمن أهل دينه كالمسيحية واليهودية كما جاء في الفقرة الثانية من هـــذه المادة ونصها : « ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه » .

ثم نصت المادة على طائفة لا يجوز للمحكمة أن تقضي بتعيين أحد منهم أو تثبيته إذا كان الأب اختار وصيا منها .

١ ـ المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ويجوز التجاوز عن هذا الشرط عند الضرورة إذا انقضى على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات .

٢ ـ من حكم عليه لجريمة كانت تقضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته .

٣ ـ من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن لـــه وسيلة مشروعة للتعيش .

٤ ـ المحكوم بأفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ ـ من سبق أن سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر .

٦ ـ من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها تبرر ذلك، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه .

٧ ـ من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجـــه وبين القاصر

نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك على مصلحة القاصر .

تخصيص الوصي المختار :

لا خلاف في أن الوصي يتصرف في كافة الأموال بما يخوله له حق الأيصاء إذا كانت الوصية مطلقة غير مقيدة بشيء مخصوص بأن قال الموصي : جعلتك وصياً، أو أنت وصيي .

أما إذا كانت مقيدة بنوع من التصرفات كأن يقول: جعلتك وصياً في الأموال المنقولة أو في التجارة أو بمكان كأن يقول: جعلتك وصيا في الأموال الموجودة في بلد كذا أو ما شابه ذلك من التقييدات فهل يجوز لهذا الوصي التصرف في غير ما قيد به أو لا ؟

يرى أبو حنيفة: أن الوصاية لا تقبل التخصيص ، فإذا قال : جعلتك وصيا في أمور التجارة أو في قبض ما لي على الناس صار وصيا على كل الأموال ، لأن الموصي رضيه متصرفاً في بعض الأمور ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلا ، فيكون أولى من غيره بالتصرف في الباقي ، على أن الوصي قائم مقام الموصي فيتصرف تصرفه لأن الوصاية خلافة تثبت كاملة لا تتجزأ .

ويرى أبو يوسف: أن الوصي المختار يتخصص بما خصص به ، لأن الموصي قد يكون له غرض صحيح في التخصيص ، لأن الناس يختلفون في التصرفات ، فقد يكون لأحدهم دراية في نوع خاص دون غيره كالتجارة أو الزراعة فيكون الموصي قد اختار هذا لهذا النوع . وأراد اختيار غيره لنوع آخر فمات قبل الاختيار .

ومع وجاهة قول أبي يوسف وظهوره فإن الفتوى في المذهب على قول

أبي حنيفة [١] .

تعدد الأوصياء :

كما يجوز للأب أن يوصي لواحد يجوز له أن يوصي لأكثر من واحد حسبما يرى من المصلحة .

فإذا تعدد الأوصياء فإن صرح في الوصية بأن يتصرف كل واحد منهما منفرداً ثبت له ذلك بالاتفاق ، وإن صرح بألا يتصرفا إلا مجتمعين لا يكون لأحدهما الانفراد بالتصرف بدون إجازة الآخر كذلك اتفاقا

وإذا أطلق فلم ينص على الانفراد ولا على الاجتماع فقال أبو يوسف : ينفرد أحدهما بالتصرف وينفذ تصرفه دون رأي الآخر .

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا ينفرد واحد بالتصرف ، فإذا تصرف منفرداً كان تصرفه موقوفاً على إجازة الآخر يستوي في ذلك أن يكون الأيصاء بعقد واحد . كما إذا قال : أقمتكما وصيين ، أو كان بعقدين بأن أفرد لكل واحد إيصاء [٢] .

وجه قول أبي يوسف : أن الأيصاء من باب الولاية وهي إذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالأخوين في مسألة الزواج ، فإذا زوج أحدهما نفذ دون توقف اتفاقا ، لأن الأيصاء خلافة وهي تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كانت بوصف الكمال ولأن اختيار الأب لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل منهما .

ووجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الولاية تثبت للوصيين عند الموت فيراعي

---

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٣٢ .

(٢) تبيين الحقائق ج ٦ ص ٩ ، رد المحتار ج ٥ ص ٦١٥

وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد إذ رأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ، ولم يرض الموصي إلا بالاثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت الحكم وحده فكان باطلا .

بخلاف الأخوين في النكاح لأن السبب فيها القرابة وقد كانت ثابتة لكل واحد منهما كاملة على انفراده ، ولأنه ما ضم أحدهما إلى الآخر إلا لأنه لاحظ أن الأول يعجز منفرداً عن إدارة أموال القاصر فكان لا بد أن يتصرف كلاهما برأي صاحبه .

ولأنه لو أجيز لكل منهما أن يتصرف من غير رأي الآخر لتعارضت التصرفات .

وقد استثنيا من قولهما مسائل لو باشرها أحدهما نفذت دون توقف على رأي الآخر ، وهي في جملتها ترجع إلى المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر . كبيع ما يخشى عليه التلف ، وتجهيز الميت ، وشراء ما لا بد منه كالطعام ، والمسائل التي لا تحتاج إلى الرأي والمشورة ~~كقبض الأجرة~~ ، وقبول الهبة ، ورد الأمانة التي كانت عند الموصي وقضاء الديون الثابتة على الموصي ، وطلب الديون التي له على الغير .

ولهذا استظهر بعض العلماء أن لكل منهما الانفراد في هذه المسائل وأمثالها في حالة ما إذا نص على الاجتماع لأن مواضع الضرورة مستثناة ، ولأن الشرط لا يعمل به إلا إذا كان مفيداً ومراعاته ممكنة .

والقانون في المادة - ٣١ - أجاز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي لكنه لم يجز لأحدهما الانفراد بالعمل إلا في حالتين .

أولاهما : إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهما في قرار تعيينه أو في قرار لاحق .

وثانيهما : إذا كان العمل ضرورياً أو مستعجلا أو متمحضا لنفع القاصر كالطعن في الأحكام قبل انقضاء مواعيد الطعن أو تجديد قيد ، وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

تعيين المشرف :

هذا وكما يجوز للأب شرعا أن يوصي لأكثر من واحـــد يجوز له أن يقيم مشرفا يشرف على أعمال الوصي فلا يتصرف الوصي إلا بعلمه ورأيه ، أمـــا إمساك المال وحفظه فيستقل به الوصي ، ولا يكون المشرف وصيا على المفتى به في المذهب الحنفي ، فلا يمكنه التصرف في مـــال القاصر حتى ولو كان التصرف مستعجلا أو لا ضرر فيه ، ولا يتقيد الموصى في اختيار المشرف كما لم يتقيد في اختيار الوصي فيصح أن يكون المشرف الأم أو غيرها [1] .

والقانون في المادة – ٥٠ – أجاز تعيين مشرف مع الوصي المختار أو مع وصى القاضي إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصي فيما تحت يده من أموال إذا تكررت الشكوى منه وحصل الشك في تصرفاته ولم يقم دليل يوجب العزل ، ففي هذه الحالات تعين المحكمة مشرفاًووظيفته مراقبة أعمال الوصي ، وعلى الوصي أن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات ، وإجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بادارة الأموال ، وعليه أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن المصلحة توجب اطلاعها عليه .

ولا يتولى المشرف شيئاً من الأدارة إلا إذا انتهت الوصـاية ولم يعين وصي جديد فإنه يدير الأموال إلى أن يعين الوصي الجديد ، ولا يتولى إلا الأعمال التي يكون في تأخيرها ضرر .

---

(١) رد المحتار جـ٥ ص ٦١٨ .

تصرفات الوصي المختار :

أما وصي الأب فيعتبر قائماً مقام الأب فيملك جميع التصرفات التي يملكها الأب في المذهب إلا في مسائل مستثناة لا يكون فيها مثل الأب . وهي ما يأتي :

١ - بيع العقار المملوك للقاصر . فللأب أن يبيعه بمثل القيمة أو بغبن يسير، أما وصيه فلا يملك بيعه إلا بمسوغ شرعي أو يكون في بيعه نفع ظاهر له ، والمسوغات هي ما يلي :

ا - أن تكون التركة عليها ديون لا يمكن إيفاؤها إلا ببيع العقار ، وكذلك إذا كان على القاصر دين كهذا .

ب - وجود وصية مرسلة أي بمقدار من المال كألف مثلاولا يوجد في التركة نقود أو عروض تباع لتنفيذها فإن العقار يباع حينئذ لتنفيذها لأنه لا ميراث إلا بعد تنفيذ الوصية ، أما إذا كانت مقيدة بالربع أو الخمس مثلا فلا يباع العقار ويكون الموصى له شريكا للورثة فيه بمقدار الوصية .

ج - أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولا يمكن تدبيرها إلا ببيع العقار فيجوز للوصي أن يبيع منه بقدر النفقة ، ويتكرر البيع بتجدد الحاجة إليها .

د - أن يكون العقار مبنياً وبناؤه آيل إلى السقوط ، ولا توجد نقود عند الوصي لترميمه وتلافي سقوطه .

هـ - إذا كان العقار يخشى عليه النقصان أو الضياع كالأراضي التي تكون بجوار البحار أو الأنهار وتتعرض لتآكلها عامابعد عام .

و ـ أن تكون ضريبة العقار وما ينفق عليه لصيانته أو لزراعته تزيد على غلاته وما شاكل ذلك .

فإن لم يوجد مسوغ من المسوغات لبيعه فلا يباع إلا بنفع ظاهر . كأن يرغب شخص في شرائه بضعف قيمته فيجوز ، لأن الوصي في هذه الحالة يستطيع أن يشتري للقاصر بالثمن عقاراً آخر .

فإن باعه بدون مسوغ كان البيع باطلا حتى لو بلغ الصبي وأجاز ذلك البيع لا تصح هذه الإجازة لأن الباطل لا تلحقه إجازة .

والفرق بين الأب والوصي في ذلك أن الشفقة متوفرة عند الأب فيكفي في تصرفه ألا يكون فيه ضرر ، أما الوصي فلا تتوفر له تلك الشفقة فكان الاعتبار الأول في ولايته هو الحفظ والصيانة والعقار محفوظ مصون بنفسه فلا يجوز له بيعه إلا عند الخطر عليه أو النفع الظاهر .

٢ ـ بيع الوصي مال نفسه للقاصر وشراء ماله لنفسه . فبينما يصح للأب أن يبيع ماله للصغير وأن يشتري مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير . لا يصح هذا من الوصي إلا إذا كان فيها نفع ظاهر للقاصر ، ويتحقق هذا النفع الظاهر كما صوره بعض الفقهاء بأن يبيع عقاره للقاصر بنصف القيمة ، ويشتري عقاره بضعف القيمة ، وفي غير العقار يكون البيع بنقصان ثلث القيمة ، والشراء بزيادة نصف القيمة ، كأن يبيع له ما قيمته خمسة عشرة بعشرة ، ويشتري منه ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، وجواز البيع والشراء على هذا الوجه هو قول أبي حنيفة وعليه الفتوى ، وقال محمد وزفر لا يجوز للوصي هذا التصرف ، ووافقهما أبو يوسف في أظهر الروايات عنه .

وكذلك لا يجوز للوصي أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من الأصول والفروع والأزواج ولا أن يشتري منهم له إلا بما فيه مصلحة واضحة على الخلاف السابق .

وإنما فرق بين تصرف الأب وتصرف الوصي لأن وفور شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا يحتاج معها إلى ضمان آخر ، بخلاف الوصي الذي قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر فاحتاج تصرفه إلى دليل ينفي ذلك عنه وهو بيعه وشراؤه بما يحقق له النفع الظاهر .

٣ – رهن الوصي شيئاً من أموال نفسه عند اليتيم نظير دين عليه له وارتهانه شيئاً من أموال اليتيم عند نفسه نظير دين له على اليتيم لا يصح ذلك من الوصي بينما يصح ذلك من الأب .

وفيما عدا هذه الأمور فإنه يتصرف كل التصرفات التي يملكها الأب .

أما وصي القاضي فهو كوصي الأب إلا في بعض مسائل خاصة أهمها .

١ – ليس لوصي القاضي عقد المعارضة في مال القاصر مع نفسه ولا مع من لا تقبل شهادتهم له ، لأنه نائب عن القاضي ، والقاضي لا يملك ذلك فكذلك نائبه ، أما وصي الأب فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر كما بيناه .

٢ – الوصي المختار له أن يقيم وصيا بعد وفاته على مال القاصر الذي له عليه وصاية ، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه ، والسبب في ذلك أن القاضي الذي يستمد منه الوصي المعين من قبله ولايته موجود دائماً بخلاف الوصي المختار للأب فإن من اختاره غير موجود فلا يمكن الرجوع إليه .

٣ – وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلا كفؤا إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك ، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله ، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلا كافيا ، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل .

وقد عدّ ابن عابدين مسائل أخرى يفترقان فيها فارجع إليها إن شئت[1]

تصرفات الوصي في القانون :

احتاط القانون لتصرفات الوصي سواء كان وصياً مختاراً أو وصياً معيناً فجعل تصرفاته كلها خاضعة لأذن المحكمة الحسبية نظراً لعدم وفور الشفقة عنده الموجودة عند الأب والجد .

فأوجب عليه الحصول على إذن المحكمة في أعمال التصرف في الأموال وإن كان أعفاه من الأذن في أعمال الأدارة كأجارة الأرض أو البناء أو بيع المحصول وقبض الديون وما شاكل ذلك .

وقد بينت المذكرة الأيضاحية معيار الفرق بين ما يعتبر من أعمال التصرف وما يعتبر من أعمال الأدارة وهو المساس برأس المال أي أصل المال الذي آل للقاصر وما أضيف إليه من نماء ، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف ، وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الأدارة ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك ، كما في الأجارة التي تجاوزت مدتها ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولأكثر من سنة في المباني ، أو كانت المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد فإنها وإن كانت من أعمال الإدارة إلا أن القانون منعه من ذلك إلا بإذن المحكمة مادة ٣٩ ـ فقرة ـ ٧ .

فالمادة ـ ٣٩ منعته من عديد من التصرفات وهي :

١ ـ جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعيـة أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٦٣١ وما بعدها

٢ ـ التصرفات في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الادارة [١] .

٣ ـ الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة .

٤ ـ حوالة الحقوق والديون التي للقاصر وقبول الحوالة عليه وأقراض ماله واقتراضه ، لأن هذه التصرفات فيها خطورة من جهة مساسها بالضمانات الفعلية للدائن أو المدين ، لأن المدينين يختلفون في الحرص على الوفاء بالحقوق ، كما أن الدائنين يختلفون في طريقة طلب الحق رفقاً وشدة .

٥ ـ استثمار الأموال [٢] وتصفيتها.

٦ ـ إقتراض المال وإقراضه .

٧ ـ إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة في المباني .

٨ ـ إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

وظاهر أن المقصود هنا هو الأراضي الزراعية حيث لا يجوز أصلا للوصي تأجير عقار القاصر إذا كان من المباني لمدة أكثر من سنة « الفقرة السابقة » .

٩ ـ قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ؛ لأن هذا الالتزام المشروط

---

(١) كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشي فإنها لا تدخل في نطاق الأذن

(٢) يقصد بالاستثمار توظيف المال لغرض الحصول على الربح كشراء نوع من الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال لأحد التجار بقصد الشركة أو استغلاله في عمل معين .
وهو بوجه الأجمال صيانة رأس المال أو استثماره وانماؤه للأنفاق من ريعه .

قد يؤدي إلى جعل التبرع لا فائدة فيه فيكون عبثاً على القاصر بدون مبرر . وهذا الحكم مقرر أيضاً بالنسبة للولي م - ١٢ .

١٠ - الأنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب التنفيذ .

١١ - الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ، أما الوفاء الذي يتم بناء على حكم أو بناء على سند رسمي واجب التنفيذ فلا يحتاج إلى إذن المحكمة ، لأنه واجب الوفاء .

١٢ - رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر . كالقضايا المستعجلة ودعاوى الضرائب والشفعة والحيازة متى توافر مبرر الأسراع في مباشرتها .

وإنما شرط الاذن في غير هذه القضايا المستعجلة ، لان إجراءات التقاضي تتطلب لمباشرتها قسطاً من التقدير ، كما أنها تكبد مصاريف وتنطوي على مخاطر والمحكمة تتثبت من سلامة الأسباب وعدم الخطر على القاصر فتأذن أو لا تأذن .

١٣ - التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها .

ورفع الطعون غير العادية في الأحكام ، لأن هذه تنطوي على خطر إما ضياع حق أو تكليف نفقات كثيرة مما يحتاج إلى تقدير خاص .

١٤ - التنازل عن التأمينات أو إضعافها ، لأنه قد ينطوي على تفويت مصلحة للقاصر ، فينبغي أن تتثبت المحكمة من وجود مبرر يدعو إلى ذلك التنازل .

١٥ ـ إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون نائباً عنه لأن المـــادة (١٠٨) من القانون المدني « منعت من جواز تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . سواء كان التعاقد لحسابه أن لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل » فقد جعل هذا النص للمحكمة نفسها آن تعطي هذا في صورة الأذن للوصي بالتأجير بعد التثبت من توافر مصلحة للقاصر في ذلك ، لأنها صاحبة الولاية الأصلية هنا على القاصر والوصي نائب عنها .

١٦ ـ ما يصرف في تزويج القاصر كالمهر وإعداد منزل الزوجية والمحكمة تقدر ذلك بما يتناسب مع حالة القاصر الاجتماعية .

١٧ ـ تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والأنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وكلمة التعليم شاملة لجميع مراحله وكافة أنواعه .

كما حتمت المادة (٤٠) على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والأجراءات الواجبة الاتباع ، وعلى الوصي أنْ يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها ، وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

هذا مع ملاحظة : أن المادة (٣٨) منعت الوصي من التصرف في أموال القاصر بطريق التبرع وجعلته باطلا إلا إذا كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة » فقد سوى بينه وبين الولي في ذلك .

كما يلاحظ أن القانون خلا من التعرض لحكم ما إذا آلت للقاصر تجارة . هل

يجوز للوصي الاستمرار فيها بأذن المحكمة ، بينما صرح بذلك بالنسبة للولي في المادة الحادية عشرة .

ولكن الذي يجري عليه القضاء هو أن للمحكمة إعطاء مثل هـــذا الأذن قياسا على ما ورد في تلك المادة بخصوص الولي حيث لا فرق بينهما يقتضي إعطاء أحدهما ومنع الآخر ، لأن المحكمة هي التي تقدر ما إذا كانت التجارة ناجحة تعود على القاصر بالنفع فتأذن ، أو غير ذلك فلا تأذن .

ويظهر أن عدم النص كان لعدم وجود داع للتفرقة عند أيلولة تجارة للقاصر بين ما إذا كان متولي شئونه هو الولي أو الوصي . يدل لذلك أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ كان يبيح للمجلس الحسبي الأذن للوصي في ذلك المادة (٢٣) ، وجرى العمل في القضاء على ذلك ، فلمـــا صدر قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ لم يصرح بذلك ، ومع ذلك استقر الأمر في الفقه والقضاء على ترك الأمر لتقدير المحكمة فتأذن إذا رأت التجارة ناجحة وإلا أمرت الوصي بتصفيتها ، فيبقى الحكم كذلك في ظل قانون الولاية .

استحقاق الوصي الأجر على الوصاية :

لفقهاء الحنفية في ذلك آراء ثلاثة :

أولها : أنه لا يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً

وثانيها : إنه يستحق الأجر مطلقا غنيا كان أو فقيرا .

وثالثها : التفصيل بين ما إذا كان غنيا فلا يستحق الأجر وبين ما إذا كان فقيرا فيستحقه .

ومنشأ هذا الاختلاف هو الاختلاف في فهم قوله تعالى : « ومن كان غنيا

فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » النساء / ٦ فإنها جاءت في سياق الآيات المبينة أحكام من يتولى أموال اليتامى .

فصاحب الرأي الأول يقول : إن الآية طالبت الغني بالاستعفاف ، وسوغت للفقير الأكل بالمعروف ، وليس الأكل بالمعروف أجراً ، ولأن الوصاية الأصل فيها التبرع ممن يقوم بها .

وصاحب الرأي الثاني يقول : إن الآية تفيد استحباب التبرع إذا كان غير محتاج ، ولا تفيد إلزامه بذلك فله أن يطلب الأجر إذا شاء إذ لا يمكن إلزام شخص أن يؤدي عملا بغير مقابل .

ولأنه يضيع جزءا من وقته في العمل للقاصر لو أضاعه في شئون نفسه لزادت ثروته فيكون مستحقاً للأجر ، ويترك ذلك لرأيه إن شاء طالب به ، وان شاء تنازل عنه .

وصاحب الرأي الثالث يقول : إن الآية فرقت بين الغني والفقير فطالبت الغني بالاستعفاف ، وسوغت للفقير أن يأكل بالمعروف ، ولأن الأصل في الوصاية أن تكون تبرعا ابتغاء ثواب الآخرة والغني لا يتضرر من ذلك ، أما الفقير فيلحقه الضرر فيستحق الأجر دفعاً لهذا الضرر عقه استثناء من الأصل ، ولهذا قال بعض الفقهاء : إن هذا هو مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يمنع [١] مطلقـــا ، والقانون في المادة (٤٦) يقرر أن الوصاية تكون بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين ، وهو لا يخرج عن تلك الآراء .

انتهاء الولاية والوصاية :

تنتهي الولاية شرعاً ـ كما قدمنا ـ ببلوغ القاصر عاقلا رشيدا ، والرشد ليس له سن معينة عند جماهير الفقهاء بل يثبت الرشد بالتجربة ، فإن ثبت بالفعل انتهت الولاية وسلم المال إلى صاحبه وإن لم يثبت يبقى المال تحت يد الولي .

ولكن القانون حدد للرشد المالي سنا معينة . وهي إحـــدى وعشرون سنة

---

(١) البدائع ج٥ ص ١٦٧ ، رد المحتار ج ٥ ص ١٢٤ أدب الأوصياء ج ٢ ص ٢٨٣

ميلادية يكون الشخص بعدها رشيدا تنتهي الولاية عليه ويسلم إليه ماله مـــا لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية مادة (١٨) ، وذلك فيما إذا رفع الولي أمر القاصر إلى المحكمة بأنه لا يبدو عليه الرشد لظهور عوارض تتنافى معه ، فإذا تثبتت المحكمة من ذلك حكمت باستمرار الولاية عليه قبل بلوغه الحادية والعشرين ، وتستمر الولاية إلى أن يصدر قرار من المحكمة بانهائها.

وإذا لم يصدر الحكم باستمرار الولاية حتى بلغ هذه السن انتهت الولاية بقوة القانون ، وينتقل الأمر إلى بحث حالته ، فإذا وجد به ما يقتضي الحجر عليه بعد تسلمه أمواله حجرت عليه المحكمة .

أما إذا بلغ مجنونا أو معتوها فإن الولاية تستمر عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرارها .

انتهاء الوصاية :

تنتهي الوصاية :

أولا : ببلوغ القاصر سن الرشد كما في الولاية .

ثانيا : بعودة الولاية للولي أبا أو جداً فيما إذا كانت المحكمة سلبت الولاية لسبب من الأسباب وعينت وصيا بدله ، ثم زال سبب ساب الولاية وأمرت المحكمة بإعادتها .

ثالثا : بعزل الوصي لسبب من الأسباب الموجبة لذلك أو قبول استقالته.

رابعا : بفقد الوصي أهليته أو ثبوت غيبته بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع من وصايته ، أو موته أو موت القاصر كما جاء بالمادة (٤٧) .

وإذا انتهت الوصاية وجب على الولي تسليم أموال القاصر خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية .

هذا هو المعمول به في جمهورية مصر العربية . مذهب الحنفيــة أولا ، ثم القوانين التي كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وفيه تقييــد لبعض تصرفات الأولياء والأوصياء ومنع من بعضها ، وهذه القيود في جملتها لا تأباها القواعد الشرعية لأنها احتياط لمصلحة القاصر .

أما المذهب الجعفري : الذي جعل الولاية على المال للأب والجـد أولا ، ثم لوصي المتأخر منهما ، ثم للحاكم ، وتقدمت شروط الولي والوصي ، وقدوضعوا قاعدة للتصرفات تقول :

تصرفات الولي التي تكون خيراً ونفعاً للمولى عليه تنفذ ، والضارة لا تنفذ لمنافاتها مع الغرض الذي شرعت الولاية من أجله .

واختلفوا فيما لا نفع فيه ولا ضرر من التصرفات ، فقال جماعة : تنفذ إذا كانت من الأب والجد فقط،لأن الشرط فيتصرفهما عدمالمفسدةلاوجود المصلحة ، أما الحاكم والوصي فإن تصرفهما لا ينفذ إلا مع المصلحة ، وقال آخرون لا فرق بين الأب والجد والوصي من أن تصرف الجميع لا ينفذ إلا فيما فيه المصلحة لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » الأسراء / ٣٤ .

فإن إطلاقه يشمل الجميع لكن المشهور الراجح هو التفصيل [١] .

ثم لهم تفصيلات في بعض التصرفات لا حاجة لذكرها بعد أن أصبح العمل في المحاكم اللبنانية غير خاضع للمذاهب الفقهية وحدها في تصرفات الأوليــاء والأوصياء لتدخل عدة قوانين في ذلك فأصبحت موزعة بين الأحكام الشرعية ، وقانون نظام أموال الأيتام ، وقانــون تنظيم القضاء الشرعي ، وقانون الموجبات والعقود ، ولم يصدر إلى الآن تشريع موحد يجمع أحـكام الولاية كما حصل في مصر .

---

(١) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ١٠٦ .

والناظر في هذه القوانين يجدها قيدت بعض تصرفات الأولياء في أمـــوال القاصر بترخيص القضاء ، ومنعت من البعض الآخر .

من ذلك منع قانون الموجبات والعقود شراء واحد من الأولياء والأوصياء من أموال القاصر بدون ترخيص من القضاء م ٣٧٨ .

كما منع تأجير جميع العقارات لأكثر من سنة بدون ترخيص من القضاء م ٥٤١.

كما منعهم من إعارة الأشياء التي عهد إليه بإدارتها م ٧٣٣ .

كما منع الشركة بين الأب والإبن ما دام خاضعا لسلطته الأبوية، أو بين الوصي والقاصر قبل بلوغه سن الرشد والموافقة النهائية على حساب الوصاية م ٨٤٦ .

وقانون تنظيم القضاء الشرعي جعل تصرفات الوصي كلهـــا تحت إشراف القاضي بعد أن جعل إدارة أموال فاقدي الأهلية للقاضي الشرعي أي المحكمة المذهبية م ٣٨٨ ، م ٣٨٩ .

وهذا التوزيع بين القوانين جعل مهمة الفصل بين تصرف وتصرف عسيرة لذلك جرى عمل القضاء من باب الاحتياط على أن يؤخذ إذن المحكمة المختصة في جميع التصرفات المهمة المتعلقة بفاقدي الأهلية لبعثرة هذه الأحكام وتناقضها أحياناً كما يقول الدكتور صبحي محمصاني [1] .

---

(١) المبادي الشرعية والقانونية ص ١٠٧ .

الباب الخامس

في نفقة الأولاد والأقارب[1]

(١) من أهم مراجع هذا البحث . سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧ وما بعدها ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ وما بعدها ، المبسوط ج ٥ ، البدائع ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، البحر الرائق ج٤، ردالمحتار ج ٢ ، رسائل ابن عابدين ج ١ رسالة تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢، نهاية المحتاج ج٧، المغنى والشرح الكبير ج ٩ ، الروضة البهية ج ٥ ، شرائع الأسلام ج ٢ ، المختصر النافع ، فقه الأمام جعفر .

فصل تمهيدي

في بيان القرابة التي توجب النفقة، والأصول التي يقوم عليها نظام النفقات

نفقة الأقارب نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده وشيد أركانه، وأصل وجوب هذه النفقة مقرر في كتاب الله إجمالاً في أكثر من آية، وجاءت السنة مفصلة وشارحة في أحاديث عديدة، وطبق ذلك في المجتمع الإسلامي في عصوره المختلفة.

يقول جل شأنه: « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف .... إلى أن قال: « وعلى الوارث مثل ذلك » البقرة / ٢٣٣.

وفي آية أخرى يقول عز من قائل: « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحسانا وبذي القربى » النساء / ٣٦.

وفي آية ثالثة يقول سبحانه: « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا » الأسراء / ٢٣.

وفي رابعة يقول جل ثناؤه: « وآت ذا القربى حقه » الأسراء / ٢٦.

وفي خامسة يقول جل وعلا: « وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك

به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا » لقمان / ١٢ نزلت في الأبوين الكافرين والمصاحبة بالمعروف كما فسرها رسول الله ﷺ بحسن العشرة بأن يطعمهما اذا جاعا ، ويكسوهما إذا عريا [١] .

أما السنة : فالأحاديث كثيرة نكتفي ببعضها منها :

ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أنهـا قالت : « دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ ، فقال : « خذي مـــن ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك » [٢] .

وما رواه النسائي عن طارق المحاربي قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : « يد المعطي العليا وأبدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » [٣].

وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عـن بَهز بن حكيم عن أبيه عن جـده معاوية بن حَيدة القشيرى قال : قلت يا رسول الله من أبَرّ ؟ قال أمك، قلت : ثم من ؟ ، قال : أمك ، قلت ثم من ؟ ، قال أمك، قلت ثم من ؟ ، قال : أباك، ثم الأقرب فالأقرب » [٤] .

وما رواه النسائي عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما قال : قال رسول الله

---

(١) تبيين الحقائق ج٣ ص ٦٣

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ . ومعنى تعول : تمون من عال الرجل أهله أذا مانهم أي قام بما يحتاجون إليه من قوت وكسوة كما نقله الشوكاني عن صاحب فتح الباري في المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق

ﷺ : « كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت »[1] .

فهذه النصوص توجب النفقة للأقارب في جملتها ، ولما كانت دلالتها متنوعة منها القطعي والظني ، كما أن الأحاديث كلها من أخبار الآحاد وثبوتها ظني ، كما أن منها ما صح عند بعض الأئمة بينما لم يصح عند الآخرين لذلك اختلف الأئمة فيمن تجب له هذه النفقة على آراء .

١ - فالإمام مالك يرى أن نفقة الأقارب تنحصر في قرابة الولاد المباشرة ، فتجب للأب والأم على الولد ذكراً كان أم أنثى ، وتجب على الأب لأولاده ، ولا تجب على الأم نفقة لأولادها ، ولا تجب لغير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم[2] .

ودليله على وجوب النفقة للوالدين الآيات التي أوجبت ذلك صراحة من قوله تعالى : « وبالوالدين إحساناً» وقوله: « وصاحبهما في الدنيامعروفاً»،وقول رسول الله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » .

أما وجوبها للأولاد فبقوله تعالى: « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وبقول رسول الله ﷺ : «خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف » قالوا : فهذه النصوص صريحة في ذلك فيقتصر على مورد النص ، أما غير هؤلاء فلا يصلون إلى مرتبتهم فلا يقاسون عليهم .

٢ - والإمام الشافعي يذهب إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وبالعكس، فالقرابة الموجبة هي قرابة الولاد مطلقاً مباشرة وغير مباشرة.

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٢١ يريد الرسول أن اثم تضييع من يقوت كاف في اهلاك الشخص عن كل اثم سواه

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٢ وما بعدها

ودليله على ذلك الأدلة السابقة بتوسع في معنى الوالدين ليشمل الأجداد ، والأولاد ليشمل أولاد الأولاد لأن الأجداد آباء ، وأولاد الأولاد أولاد [1]

ولا تجب لغير هؤلاء ، أما قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فلا يدل على وجوب النفقة على القريب الوارث لأنه معطوف على قوله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » لا على قوله «وعلى المولود له رزقهن» ولكننا نقول : إن هذا مجرد احتمال لأن الظاهر أنه معطوف على الأول ، لأن الأحاديث صرحت بوجوب النفقة للأقارب غير الأصول والفروع كقول الرسول « وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك بعد قوله أمك وأباك .

٣ - يري الجعفرية : أن النفقة تجب للوالدين والأبناء اتفاقا ، وفي وجوبها لغيرهم من الأصول والفروع تردد والراجح الوجوب ، وأما من عدا هؤلاء فلا وجوب لهم بل تستحب النفقة عليهم في المشهور [2] عندهم ، وفي قول آخر تجب لغير الأصول والفروع .

٤ - وذهب الحنفية إلى أن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة المحرمة للزواج فتجب على الشخص لكل قريب تربطها قرابة محرمية ، وهي تشمل الأصول والفروع والمحارم من الحواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمة وأولاد الخال والخالة .

وسندهم في ذلك الأدلة السابقة في أول الفصل التي توجب النفقة للأصول

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠٧

(٢) شرائع الأسلام ج ٢ ص ٤٨ ، والروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٣ وعبارتها : تجب على الأبوين فصاعدا وهم آباء الأب وأمهاته وإن علوا ، وآباء الأم وأمهاتها وإن علو ، والأولاد فنازلا ذكورا كانوا أم أناثا لابن المنفق أو لبنته ويستحب النفقة على باقي الأقارب ويتأكد الاستحباب في الوارث منهم في أصح القولين .

والفروع والأقارب الوارثين ، ولكنهم قيدوا الوارثين بالمحارم بما روى أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه كان يقرأ آية البقرة « وعلى الوارث مثل ذلك » بزيادة « ذي الرحم المحرم » وهي وإن لم تثبت قرآنيتها لعدم تواترها إلا أنها تعتبر تفسيراً وبياناً مسموعا من رسول الله ﷺ .

ولأن القرابة المحرمية قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطيعة بإيجاب النفقة لها دون غيرها ، ولهذا كانت سبباً في تحريم الزواج عند وجودها لما في الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدي إلى قطع الرحم ، فاقتصر إيجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة .

٥ ـ والحنابلة يذهبون إلى أن وجوب نفقة القريب على قريبه يدور مع الأرث وجوداً وعدما ، فإذا كان القريب وارثاً وجبت له النفقة لا فرق بين أصل وفرع ولا بين محرم وغيره .

وسندهم في ذلك قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فإنها أوجبت على الوارث مثل ما أوجبته الآية في أولها على الأب من النفقة ، وذلك لأن القرابة التي تجعل القريب أحق بتركة قريبه وهو غنم تقتضي أن يقابله غرم وهو وجوب النفقة على الوارث ، ولذلك شرطوا اتحاد الدين بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه حتى ولو كانوا من الأصول والفروع ، في الرواية الراجحة في المذهب [1] .

وفي رواية أخرى يشترط في غير الأصول والفروع ، وهذه الرواية - في نظري ـ هي التي تتفق مع صريح النصوص لأنها مطلقة لم تفرق بين المتفقين في الدين والمخالفين فقوله تعالى: « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » مطلق في كل مولود له ، وقوله : « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » نزل بخصوص الوالدين الكافرين ، وكذلك أدلة وجوب النفقة للأولاد مطلقة ، وأما قوله تعالى :

---

(١) المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٩

« وعلى الوارث مثل ذلك » فظاهرها أنها في الأقرباء الآخرين .

بهذا العرض للمذاهب نجد أن مذهب المالكية أضيق المذاهب في نفقة الأقارب ، وأن أوسعها مذهب الحنابلة وأنه أصلحها للعمل لما فيه من توسيع دائرة النفقة للأقارب وأعدلها من جهة اشتراط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه الذي يحصر الأنفاق بين المتوارثين إذا ما قصرنا هذا الشرط على الأقارب من غير الأصول والفروع وأخذنا بالرواية التي لا تشترط اتحاد الدين بالنسبة للأصول والفروع ، ولو افترضنا عدم وجود هذه الرواية فإننا نستطيع إلغاء هذا الشرط بالنسبة لهم نظراً للجزئية التي توجب النفقة للفروع على الأصول ، والمصاحبة بالمعروف التي تقضي بإيجاب النفقة للأصول على الفروع .

وأما غير هؤلاء فالعدالة وقضية مقابلة الغنم بالغرم توجب بقاء الاشتراط في حقهم .

وفوق ذلك : فإن العمل بهذا المذهب يقضي على بعض الحالات الشاذة التي تترتب على العمل بالمذهب الحنفي ، فإن ربط النفقة بالقرابة المحرمية توجب النفقة للفقير على خاله دون ابن عمه لوجود المحرمية في الأول دون الثاني مع أن ابن العم ينفرد بميراثه ولا نصيب لخاله فيه .

هذا ولما كان العمل في مصر ولبنان يجري على مذهبي الحنفية والجعفرية فسنقصر الكلام عليهما بالتفصيل ، وقبل ذلك نقدم للقارىء أهم الأصول التي يقوم عليها نظام النفقات وهي :

١ ـ لا تجب نفقة لشخص على آخر إلا إذا كان محتاجاً بأن لم يكن له مال ، ولا يخرج عن ذلك إلا الزوجة فإن نفقتها واجبة على زوجها و لو كانت موسرة ، لأن نفقتها لم تجب عليه لحاجتها بل لكونها محبوسة لحق الزوج عليها .

وبهذا يكون الأصل في نفقة الأنسان أن تكون في ماله صغيراً كان أو كبيراً

ذكراً كان أو أنثى قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه عدا الزوجة لما قلنا .

٢ – نفقة الأولاد الذين لا مال لهم تجب على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أحد ، لأنهم جزء منه فالأنفاق عليهم كالأنفاق على نفسه ، ولأن الأب يختص بانتساب أولاده إليه لا يشاركه أحد في ذلك ، وهو غنم يختص به فيتحمل غرم النفقة وحده مقابلة للغنم بالغرم .

ويقابل ذلك أن نفقة الآباء تجب على أولادهم لا يشاركهم فيها أحد حتى آباء هؤلاء الآباء إن وجدوا كما لو كان للمحتاج أب وابن فنفقته على ابنه وحده عند الحنفية [١] لأن الولد جزء أبيه وللأب شبهة حق في مال ابنه لحديث « أنت ومالك لأبيك »، ولهذا قرروا في الرواية الظاهرة أن النفقة تجب عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكور والأناث، ولا بين الوارثين وغيرهم لتساويهم في تلك الجزئية .

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة تكون على قدر الميراث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى [٢].

ومع أن هذه الرواية في ظاهرها تتفق مع قاعدة الغرم بالغنم إلا أنها لا تعم كل صور وجوب النفقة على الأولاد بل تنحصر في دائرة الأولاد الوارثين فقط ، والنفقة تجب عليهم وارثين أو غير وارثين ، ثم إن العدل فيها عدل افتراضي لا حقيقي ، لأن الأب الفقير المحتاج للنفقة غالباً ما يفارق الحياة ولا يترك شيئاً يورث عنه .

٣ – إن نفقة الأصول والفروع تجب من وقت ثبوت حاجتهم إلى النفقة دون توقف على قضاء القاضي ، أما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا من

---

(١) خالف الجعفرية في ذلك فقالوا: تجب النفقة عليهما بالسوية إذا كانا موسرين

(٢) المبسوط ج ٥ ص ٢٢٢

وقت القضاء بها [1]

ويظهر هذا الفرق في أن للأبوين والأبن أن يأخذوا من مال من وجبت عليه نفقته إذا كان غائباً وكان المال الموجود من جنس ما تجب فيه النفقة كالدراهم والدنانير والطعام ، فيأخذ الواحد منهم قدر ما يحتاجه بالمعروف دون توقف على قضاء بالنفقة ، ولا ضمان عليه لأنه استوفي حقه حيث إن نفقته واجبة قبل القضاء ولا يجوز ذلك لغير الأصول والفروع

يقول الكمال بن الهمام [2]: «والقاعدة في ذلك أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من تجب عليه النفقة جاز له أن يأخذها إذا قدر عليها وكانت من جنس حقه من غير قضاء ، وإن كانت من غير جنس حقه كالعروض فلا يأخذها إلا بأذن القاضي » .

٤ ـ لا تفرض نفقة في مال الغائب إلا إذا كان فرعا أو أصلا أو زوجا ، أما إذا كان من تجب عليه النفقة من قرابة الحواشي فإنه لا تفرض نفقة لغيره في ماله ، وينتقل الوجوب إلى القريب الحاضر ولو كان أقل رتبة من الغائب ، ويفرض الغائب كأنه معسر ، لأن هذه النفقة وجبت للحاجة وتحتاج إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب لا يجوز في مذهب الحنفية ، ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب

٥ ـ لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإنه يجب عليه السعي والعمل للأنفاق عليهم ما دام قادراً على الكسب فإن أبي أجبر على ذلك

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٣٥ ، ورد المحتار ج ٢ ص ٦٨١

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧

٦ ـ لا نفقة مع اختلاف الدين بين المنفِق والمنفَق عليه إلا للأصول والفروع والزوجة

٧ ـ النفقة للأقارب تجب بقدر كفايتهم لأنها وجبت لدفع الحاجة وهي تندفع بالكفاية ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الولد على أبيه الموسر فإنه لا يقتصر الوجوب فيها على قدر الكفاية ، بل على حسب ما يراه القاضي ، فلو كان الولد بحاجة إلى خادم فرض له القاضي على أبيه نفقة خادم .

٨ ـ إذا امتنع من وجبت عليه النفقة عن الأنفاق على قريبه المستحق لها وأصر على الامتناع مع قدرته فإنه يحبس ولو كان أبا ، ومع كون حبسه إيذاء له وهو حرام إلا أنه يصار إليه دفعاً للضرر الأعلى وهو دفع الهلاك عن الولد بتحمل الضرر الأدنى وهو حبسه عملا بالقاعدة العامة « يتحمل أدني الضررين لدفع أعلاهما » ولذلك لا يحبس الأب في دين لولده إلا دين النفقة مع أن غيره يحبس في الدين مطلقا [١] .

٩ ـ نفقة الأقارب مطلقاً تسقط بمضي المدة إلا إذا كانت مفروضة ومستدانة بإذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وهذه المدة عند الحنفية مقدرة بشهر فأكثر من وقت القضاء بها ، لأن نفقتهم وجبت لسد الحاجة فإذا مضى شهر فأكثر ولم يأخذ القريب نفقته المقضى بها دل ذلك على أنه غير محتاج إليها في تلك المدة ، أما ما دون الشهر فلا تسقط النفقة بمضيه وله أن يطالب بها ، لأنه لا بد من مثل هذه المدة ليتمكن من المطالبة بالنفقة ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة[٢]، وكذلك نفقة الصغير عند بعض

---

(١) المبسوط ج ٥ ص ٢٢٤ ، البدائع ج ٤ ص ٣٨

(٢) البدائع ج ٤ ص ٣٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٥٤ أما مجرد القضاء بها فلا يصيرها دينا خلافا للمالكية والشافعية فإنها تصير دينا به عندهم

الحنفية [1] جعلوها كنفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بل تثبت ديناً في الذمة من وقت القضاء أو التراضي عليها رأفة بالصغير لعجزه ، ومع كونها تصير ديناً عند هؤلاء بالقضاء قالوا: إنها دين ضعيف يسقط بموت الصغير.

ولا تكون ديناً قويا إلا إذا استدينت بالفعل بأذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وكثير من القضاة في مصر يأخذون بهذا الرأي

وهذا الرأي أرجح في نظري من القول بسقوطها ، لأن المعنى الذي جعلوه مسقطاً لها بمضي المدة وهو عدم الحاجة إليها غير موجود في جانب الصغير ، لأنه غالباً ما يكون عند أمه وهي تنفق عليه من مالها فلا يلزم من تأخر طلبها استغناء الصغير عنها بخلاف الكبير .

والجعفرية : يوافقون الحنفية في أن نفقة الأقارب لا تقضى وتسقط بمضي المدة دون تحديد لها بشهر قالوا : إنها وجبت سداً للحاجة لا للتمليك فلا تستقر في الذمة ولو قدرها الحاكم ، لأن التقدير لا يفيد الاستقرار في الذمة إذا لم تكن النفقة بقصد التمليك كنفقة الزوجة إلا إذا أذن القاضي للقريب بالاستدانة لغيبة المنفق أو مماطلته بدفعها ، أو أمر الحاكم المنفق بالأنفاق [2]

١٠ ـ إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة أقارب موسرون كانت نفقته في بيت المال « خزانة الدولة » لأن من وظائف بيت المال في نظام الأسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالأنفاق عليهم كما في اللقيط وقد قدمنا حكمه في بحثه .

---

(١) نقله الزيلعي في تبيين الحقائق ج ٣ ص ٦٣ عن الحاوي وارتضاه واختاره غيره كذلك

(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٢٧٦ . بل أكثر من ذلك أنهم قرروا أن من وجبت له النفقة لو حصل على نفقة يوم أو أكثر بطريق الدعوة إلى وليمة أو الهدية أو من الزكاة يسقط حقه في النفقة بمقدار ما حصل له حتى ولو كان الحاكم أمر بها أو باستدانتها فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٣١ .

يقول الكاساني في بدائعه بصدد أموال بيت المال ومصارفها : « وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك ، وعلى الأمام صرف هذه الحقوق الى مستحقيها » اه .

هذا والأقارب أنواع ثلاثة : أصول وفروع وحواشي ، وقد يوجد للمحتاج منها نوع واحد ، وقد يوجد له أكثر من نوع ، وسنتكلم عليها منفردة ومجتمعة في الفصول الآتية .

الفصل الأول

في نفقة الفروع على الأصول

المراد بالفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو أناثا .

إذا كان للولد مال وجبت نفقته في ماله ولو كان صغيرا ، وإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب ولم يمنعه مانع منه وجب عليه السعي ليحصل على نفقته ، ولا تجب له نفقة على غيره أبا كان أو غير أب ، أما إذا لم يكن له مال وكان عاجزا عن الكسب لسبب من الأسباب كالصغر ، أو لكونه أنثى ولو كبيرة قادرة على الكسب ولكنها لا تكسب بالفعل ، أو لكونه مريضاً مرضاً يمنعه من العمل كالعمى والشلل ، أو لكونه مجنوناً أو معتوها ، أو لعدم تيسر الكسب لبطالة عامة .

ففي هذه الحالات تجب له النفقة على غيره ، فوجوب النفقة له مشروط بحاجته التي تتحقق بألا يكون له مال بحيث تحل له الصدقة ، أو بعجزه عن التكسب عند الحنفية والجعفرية [1] في أظهر القولين عندهم ، فلو كان له مال لا يكفي حاجاته الضرورية أو كان كسبه لا يكفيه وجب على الأب أن يكمل

---

(١) المختصر النافع ص ١١٩ .

له ما يكفي حاجته [1] وكذلك إذا كان له مال غائب لا تصل يده إليه ، كما إذا ورث مالا ولم يتسلمه بعد فعلى الأب أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يتسلم ماله ، وله أن يرجع بما أنفق عليه ، إذا كان الانفاق بأذن القاضي أو كان بغير إذنه لكنه أشهد عند الانفاق أنه ينفق ليأخذه من ماله عند تسلمه ، وفي غير هاتين الحالتين لا يرجع عليه بشيء قضاء ، لأنه يكون متبرعا وله الرجوع ديانة إذا كان نوى ذلك ، يستوى في ذلك الصغير والكبير العاجز والذكر والأنثى .

وإذا امتنع الولد القادر على الكسب عنه فهل يملك الأب إجباره عليه ؟

إذا كان أنثى فليس لأبيها جبرها على العمل لأن الشأن فيها ألا تعمل ، وتكون نفقتها على أبيها حتى تتزوج فتكون نفقتها على زوجها ، فإن انتهت زوجيتها لأي سبب عادت نفقتها إلى من كانت عليه قبل زواجها .

أما الذكر فيعتبر غير محتاج بقدرته على الكسب لأنه بهذه القدرة يعتبر غنياً لأمكانه الاستغناء بها فلأبيه أو غيره إجباره على العمل ، ولا يستثنى من ذلك إلا طالب العلم فانه لا يجبر على التكسب حتى لا يشغله عن طلب العلم ، وتجب له النفقة ما دام جاداً في طلبه ناجحاً فيه ، أما إذا كان غير ذلك فلا تجب له نفقه على غيره [2]

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٦٧٢

(٢) وجوب النفقة لطالب العلم كان هو الحكم المقرر في المذهب الحنفي ، ثم أفتوا بعدم الوجوب لما فسدت أحوال أكثرهم ، ثم جد بعد ما يوجب الرجوع إلى القول بالوجوب د فتنة التتار وقتلهم أكثر العلماء لئلا يضيع العلم ، وإليك ما نقله ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٧٣٠ عن صاحب القنية : « السلف قالوا بوجوب نفقته لكن أفتى أبو حامد بعدمه لفساد أحوال أكثرهم ومن كان بخلافهم نادر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعا لحرج التمييز بين المصلح والمفسد قال : لكن بعد الفتنة العامة (يعني فتنة التتار) التي ذهب بها أكثر العلماء والمتعلمين=

والمراد بالنفقة الواجبة هي كل ما يحتاج إليه الشخص من طعام وكسوة وسكنى وأجرة خادم إذا كان محتاجاً إليه لصغره أو لعجزه ، أما نفقة زوجة الابن المستحق للنفقة فلا تجب على أبيه ولا على غيره من الأصول باتفاق **الحنفية والجعفرية** ، وإنما يقضي لها بالنفقة على زوجها ، ويأذن لها القاضي بالاستدانة عليه إذا طلبت ذلك ، ويؤمر من تجب نفقتها عليه بالأنفاق ويرجع بها على الزوج إذا أيسر.

وهنا يذكر فقهاء الحنفية مسألة ما إذا كان الشخص يملك منزلاً للسكنى وليس له سواه فهل تجب له النفقة على غيره أو لا تجب ، ويذكرون في ذلك روايتين في المذهب

الأولى : لا تجب له النفقة لأنه لا يعتبر محتاجاً إليها من الغير حيث يستطيع بيعه ويسكن بالأجر أو يبيع جزءاً منه إن كان فسيحاً ينفق من ثمنه ويسكن باقيه .

والثانية : أنه تجب النفقة على قريبه ولا يجبر على بيعه أو بيع جزء منه ، وعللوا ذلك . بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، ولا يمكن لكل أحد أن يسكن بالأجر أو المنزل المشترك ، وقد اختار هذه الرواية الكاساني في بدائعه[1]، ووصفها بأنها الصواب مستنداً إلى أنه تحل له الصدقة ولا يؤمر ببيع المنزل ، ولكن صاحب الذخيرة قال : إن الرواية الأولى هي الصحيح من المذهب[2]

=ترى أن طلبة العلم يمنعهم الاشتغال بالتكسب عن التحصيل ويؤدي إلى ضياع العلم فكان المختار الآن قول السلف ، وهفوات البعض لا تمنع الوجوب كالأولاد والأقارب ، وأقره في البحر وقال : وأقول الحق الذي تقبله الطباع المستقيمة ولا تنفر منه الأذواق السليمة القول بوجوبها لذي رشد لا غير ولا حرج في التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة وتمييزه عن غيره .

(١) ج ٤ ص ٣٤ .

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٥ ص ٢٢٨ .

وهذا أوجه لأن النفقة للقريب لا تجب إلا عند الحاجة ، والحاجة مندفعة بملكه هذا لأنه لا يعتبر معها محتاجاً ، أما ما قيل : بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، فلو سلم ذلك في زمنهم فغير مسلم في زماننا ، ولعل التطور في المنازل ينفي ذلك ، وحل الصدقة له – إن جاز – لا يسوغ وجوب النفقة له على الغير ، لأن حل الصدقة لشخص لا يتنافى مع ملكية الشخص لما لا يصير به غنياً [1] ، أما وجوب النفقة فيقوم على حاجة من وجبت له التي ينافيها ملك المنزل

ولا يشترط في نفقة الفرع اتحاد الدين بينه وبين الأصل الذي وجبت عليه ، لأن النصوص الموجبة لها مطلقة في ذلك ، ولأن وجوب النفقه هنا بسبب الجزئية وهي ثابتة مع اختلاف الدين .

هذا ما يعتبر في جانب الفرع لتجب له النفقة .

أما الأصل الذي تجب عليه فيشترط فيه أن يكون قادراً على الأنفاق إما بيساره أو بقدرته على الكسب وإن لم يكن له مال .

ثم إن نفقة الأولاد تجب على أبيهم لا يشاركه أحد فيها باتفاق الحنفية

---

(١) فقهاء الحنفية يقررون أن الغنى واليسار ثلاثة أنواع :

١ – غنى تجب معه الزكاة . وهو أن يملك الأنسان مالا نامياً تجب فيه الزكاة كعشرين مثقالا من الذهب أو مائتي درهم من الفضة فاضلا عن نفقته ونفقة من يعولهم وحوائجه الضرورية.

٢ – غنى لا تحل معه الصدقة ، وهو أن يملك من الأموال والأشياء ما يزيد عن حوائجه الضرورية ما يقوم بمائتي درهم من الفضة أو بعشرين مثقالا من الذهب فهذا نصاب غير تام ومالكه تحرم عليه الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وتجب عليه صدقة الفطر .

٣ – غني يحرم عليه السؤال . وهو أن يملك قوت يومه وما يستر به عورته . فمثل هذا يحرم عليه السؤال ، ولكن لا يحرم عليه أخذ الصدقة ولا يحرم دفعها إليه من غير سؤال :
تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ج ١ ص ٤٦٧ .

وتطبيقا لهذا نجد أن المنزل المملوك إذا يسع كفى ثمنه صاحبه حاجاته الضرورية ويبقى معه ما يجعله غنياً تحرم عليه الصدقة.

والجعفرية في جميع الحالات لأن الأنفـــاق عليهم كالأنفاق على نفسه لأنهم جزء منه باستثناء حالة واحدة عند الجعفرية وهي ما إذا كان للولد المحتاج أب وابن موسران فإن نفقته عليهما بالتساوي لتساويهما في المرتبة إليه والبنت كالأبن [1].

فإذا كان الأب موسراً أو قـــادراً على الكسب وطرق الكسب ميسرة له وجبت عليه النفقة بلا خلاف، فإن امتنع عن الأنفاق أو عن العمل أجبر على ذلك بما يراه القاضي زاجراً له ولو لم يجد وسيلة زاجرة غير الحبس حكم بحبسه كما بيناه من قبل . باتفاق الحنفية والجعفرية [2] .

فإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب وطرق الكسب غير ميسرة فالجعفرية وبعض الحنفية يعتبرونه في حكم الميت ، وينتقل وجوب النفقة إلى من يليه في ذلك من الأصول الأخرى ، فلو أيسر الأب بعد ذلك لا يرجع من أنفق بما أنفقه على الأب ، لأنه لم يكن الأنفاق واجباً عليه في تلك الفترة .

والقول الآخر للحنفية – وهو الراجح عندهم – أنه بعـــدم تيسر طرق الكسب لا ينتقل الوجوب إلى غير الأب ، بـل يبقى الوجوب عليه ولكنـه لا يكلف بالأداء ، بل تكلف الأم بالأنفاق إن كان عندها مال ويكون مـا تنفقه ديناً على الأب ترجع به عليه إذا أيسر ، فإن لم يكن لها مال كلف جده إن كان موجوداً بذلك ليرجع على الأب كذلك ، فإن لم يكن له جـد موسر تولى الأنفاق من تجب عليه النفقة بعده وهكذا .

---

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٩ أما إذا كان للعاجز أم وولد فهـل يشتركان كما في الأب والأبن وجهان قيل : نعم لأنهما سواء في الرتبة ، وقيل : تجب على الأبن وحده لتقدمه على الجد، والجد مقدم على الأم ، وإن اجتمع الأب والأم والابن والبنت فعـلى الأب والأبن والبنت فقط بالسوية .

(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٨١ وفقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٣٣ .

ووجهتهم في ذلك أن الأب بقدرته على الكسب يعتبر غنيا بهذه القدرة ، وعدم تيسر الكسب لعارض لا يجعله في حكم المعدوم .

أما إذا كان غير قادر على الكسب لمرض مزمن أو شيخوخة ونحوهما اعتبر في حكم الميت وانتقل الوجوب إلى من يليه من الأصول ذكراً كان الأصل أو أنثى ، وكذلك إذا كان الأب غير موجود بالاتفاق .

وإذا انتقل وجوب نفقة الفرع إلى غير الأب من الأصول تتنوع الحالات

فقد يكون له أصل واحد ، وقد يكون له أكثر من أصل .

فإن لم يكن إلا أصل واحد سواء كان من جهة الأب أو الأم [1] وجبت عليه النفقة وحده متى توفر شرط القدرة السابق ، لأنه تعين للوجوب عليه .

وإن كان له أكثر من أصل وكانوا موسرين فالحكم يختلف تبعاً لكونهم كلهم وارثين أو غير وارثين أو كان بعضهم وارثا دون البعض الآخر . فهذه ثلاث حالات .

الأولى : إذا كانوا كلهم وارثين لذلك الذي وجبت له النفقة عليهم ، وفيها تجب النفقة عليهم جميعاً بنسبة أنصبائهم في الميراث **دون نظر إلى تفاوت درجاتهم في القرابة .**

فإن كان له أم وجد لأب في الدرجة الأولى أو الثانية فالنفقة عليهما أثلاثاً على الأم ثلثها ، وعلى الجد الثلثان ، لأن الميراث يقسم بينهما كذلك

وإن كان له جدة لأم وجد لأب كان على الجدة السدس والباقي على الجد ،

---

(١) يقول السرخسي في المبسوط ج ٥ ص ٢٢٤ بعد بيان جبر الرجل على النفقة « وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الأقارب لأن هذا الاستحقاق بطريق الصلة فيستوي فيه الرجال والنساء » .

وكذلك لو كان مكان الجدة جدتان في درجة واحدة لأن نصيب الجدة من الميراث هو السدس واحدة أو أكثر يقسم بينهما بالتساوي .

الثانية : إذا كانوا كلهم غير وارثين وكانوا جميعاً من ذوي الأرحام فإن اتحدوا في الدرجة بأن كانوا جميعاً في الدرجة الثالثة كما لو كان له أبو أبي الأم ، وأم أبي الأم وجبت النفقة عليهما بالتساوي .

وإن اختلف درجتهم كانت النفقة على أقربهم ، فلو كان له أبو أم وأبو أم أب كانت النفقة على أبي الأم لقرب درجته .

الثالثة : إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث فإن تساوت درجة قرابتهم من الولد كانت النفقة على الوارث منهم ، لأنهم تساووا في القرب فيرجح بالأرث .

فلو كان له أبو أم وأبو أب كانت النفقة على الوارث وهو أبو الأب ، لأن أبا الأم من ذوي الأرحام ولا ميراث له مع وجود العاصب وهو أبو الأب [1] ، ولو كان له أبو أم وأم أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة .

وإن اختلفت درجة قرابتهم كانت النفقة على أقربهم وإن لم يكن وارثاً ، فلو كان للولد أبو أم وأبو أبي أب وجبت النفقة على أبي الأم لقرب درجته وإن لم يكن وارثاً ولا نفقة على أبي أبي الأب وإن كان وارثاً لبعد درجته في القرابة .

وقد عللوا ذلك بأن السبب في وجوب النفقة للفرع على أصله هو أن الفرع

---

(١) في هذه الصورة لو كان أبو الأب مخالفاً في الدين للولد كان غير وارث . ووجبت النفقة على أبي الأم لأنه الوارث في هذه الحالة .

جزء لأصله ، وكلما قربت درجة القرابة قويت الجزئية فيرجح الأقرب لرجحان سبب وجوب النفقة عليه .

لكن هذه العلة وإن كانت مقبولة في حالة ما إذا كانوا غير وارثين فهي غير مقبولة فيما إذا كان البعيد وارثاً والقريب غير وارث ، ولأنهم أهملوها في حالة ما إذا كانوا كلهم وارثين واعتبروا الميراث فقط وما أوقعهم في ذلك إلا اضطرابهم في الترجيح ، فتارة يرجحون بالأرث فيما إذا كان بعضهم وارثاً والآخر غير وارث ، وتارة يرجحون بالميراث عند اتحاد الدرجة .

وإذا كانت نفقة الفروع في أساسها لم يلاحظ فيها الميراث لأنه لا يشترط فيها اتحاد الدين فمن الأوفق أن يدور وجوب النفقة على القرب فقط بصرف النظر عن الميراث .

وكان لهذا الاضطراب غرابة في التطبيق في بعض الصور ، فقد قدمنا في الحالة الأولى أنه لو كان للولد أم أم وأبو أبى أب كانت النفقة عليهما لكونهما وارثين ، فلو كان مكان أم الأم أبو الأم كانت النفقة على أبى الأم وحده وهو غير وارث ولا شيء على أبى أبى الأب وهو الوارث الوحيد ، فأبو الأم وأم الأم في درجة واحدة ، وأبو أبى الأب أبعد منهما وهو وارث ، فإذا وجد مع أم الأم الوارثة اشترك معها في النفقة ، وإذا وجد مع أبى الأم لا يتحمل شيئاً من النفقة مع أنه الوارث والآخر غير وارث فأي منطق يستسيغ هذا ؟ ! .

ولا مخلص من هذا إلا أن نعتبر في الحالة الأولى النفقة على الأقرب درجة واحداً أو أكثر حسب أنصبائهم فتكون النفقة في المسألة السابقة على أم الأم وحدها وكذلك أبو الأم .

فلو كانوا قرروا في الحالة الأولى وهي ما إذا كانوا كلهم وارثين أن النفقة على الأقرب واحداً أو أكثر لاستقام الأمر ولما وجدت هذه الغرائب ، ولسار الحكم في الحالات الثلاث كلها على نسق واحد ولا يعكر عليه الترجيح بالأرث في الحالة

الثالثة وهي ما إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث وتساوت درجتهم لأنه متفق مع السبب العام وهو الجزئية وجعل الأرث مرجحاً فقط .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأب إذا كان معسراً فلا نفقة عليه وجعل في حكم المعدوم وانتقل الوجوب إلى أبى الأب ، فإن لم يكن موجوداً أو كان معسراً انتقل الوجوب إلى الجد الأعلى منــــه وهكذا ، فإن لم يوجد من هؤلاء الأجداد لأب أحد أو كانوا في حكم المعدومين فالنفقة على الأم ، فإن لم تكن أو كانت معسرة انتقل الوجوب إلى أجدادها وجداتها وإن علوا الأقرب فالأقرب لا فرق بين الذكر والأنثى ، وإذا وجد أكثر من واحد في درجة واحدة كانت النفقة عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى دون نظر إلى جهة الأرث ، وأم الأب بحكم أم الأم وابيها ، وكذا أم الجد لأب مع أبوي الجد والجدة لأم وكذا يتساوى الغنى فعلا وقوة بالقدرة على الاكتساب [1]

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٧٧ .

الفصل الثاني

في نفقة الأصول على الفروع

يراد بالأصول هنـــا الأب والأم والأجداد والجدات من جهتي الأب والأم مهما علوا .

تجب نفقة الأصل على الفرع **إذا كان الأصل فقيرا لا مال له ولو كان قادرا على الكسب** ، لأن الله أمر بالأحسان إلى الوالدين ، وهما يشملان كل الأصول في غير آية ، كما أمر بمصاحبتها في الدنيا بالمعروف وإن كانا كافرين ، وليس من الأحسان ولا المصاحبة بالمعروف أن يكلفا بالسعي على العيش بعد أن تقدمت بهما السن وولدهما ينعم بالمال ، بل هو إيذاء لهما ، ولا يتفق مع قوله تعالى : « إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما (وقل لهما قولاً كريماً واخفض لهما جناح الذل من الرحمة ، وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً) .

وفي هذا يقول الكاساني في بدائعه [1] « لو كان الشخص صحيحاً مكتسبا لا يقضي له بالنفقة على غيره وإن كان معسراً إلا الأب خاصة والجد عند عدمه فإنه يقضي بنفقة الأب وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على ولده الموسر ، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا عدم الأب » .

---

(١) ج ٤ ص ٣٥ .

ومن قبله يقول السرخسي[١] « لا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته إذا كان صحيحا وإن كان لا يقدر على الكسب لأن الصحيح الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة إلا في الوالدين خاصة وفي الجد أبى الأب إذا مات الأب فإنـــه يجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحا لدفع الأذى الذي يلحقه بالكد والتعب » .

ويشترط في الفرع الذي تجب عليه النفقة أن يكون قادراً على الكسب ولو لم يكن موسراً ، فمتى كان الفرع عنده قدرة على الكسب والأصل فقير لا مال له وجبت النفقة على الفرع لأصله، وطولب بالسعي ليوفي بتلك النفقة ، فإن امتنع عن العمل أجبر على ذلك ، يستوي في ذلك اتفاقهما في الدين واختلافهما فيه ، لأن نفقة الأصل وجبت على فرعه بحق الولادة التي تتحقق بهـــا الجزئية بين الولد وأبيه .

وتجب على الفرع إذا كان واحداً ، وعند التعدد تجب على الأقرب ، فإن تعددوا وكانت درجتهم واحدة وجبت عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى، ولا بين الموافق في الدين والمخالف فيه، ولا بين واسع اليسار وقليله[٢].

فلو كان للأصل بنت وولد وجبت عليهما مناصفة على الرأي الراجح ، لأن النفقة وجبت بسبب الجزئية وهما فيه سواء ، ولو كان له ابنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وجبت عليهما مناصفة وإن كان أحدهمـــا وارث والآخر غير وارث .

---

(٣) المبسوط ج ٥ ص ٢٢٨ .

(١) وفي قول آخر يعتبر هذا الفرق إذا كان الفارق بينهما كبيراً ، وفي قول المالكية المعتمد عندهم أنه تقسم النفقة حسب اليسار في كل حال .

وكذلك لو كان له ابن ابن وبنت بنت وجبت عليهما بالتساوي .

وان اختلف درجاتهم كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد وإن كان الميراث للأبعد ، فمن له بنت بنت وابن ابن ابن كانت النفقة على بنت بنته وحدها . ، وكذلك لو كان له ابن غير مسلم وابن ابن مسلم وجبت النفقة على الأول لقرب درجته .

ومن هذا ترى أن مسلك الحنفية هنا سليم لا اضطراب في تطبيقه ، لأنهم اعتبروا درجة القرابة وحدها دون اعتبار للأرث وعدمه ، وهو الذي يتفق مع الأصل الذي يقوم عليه وجوب النفقة وهو الجزئيه بينما اضطربوا هناك في نفقة الفروع على الأصول فاعتبروا مرة الأرث ومرة القرب فاضطرب التطبيق .

والمراد بالنفقة هنا الكفاية من الطعام والكسوة والسكنى ، ولو احتاج الأصل إلى خادم لزم ، وكذلك لو كان محتاجاً لزوجته ، ولا يستطيع الاستغناء عنها لكبر سنه أو لعجزه بسبب المرض لزم ابنه نفقة الزوجة ، لأنها من تمام النفقة سواء كانت الزوجة أماً للأبن أو غير أمه .

أما إذا لم يكن الأب محتاجاً إليها ففي المذهب روايتان أرجحهما أنه لا تجب عليه نفقتها ، وبهذا تقول الجعفرية .

طريقة الأنفاق : إذا كان الولد الذي وجبت عليه النفقة موسراً له مال فائض عن حوائجه وجبت عليه النفقة لأبويه بالطريقة التي يختارها الأبوان ، فإن طلبا أخذ نفقة ليعيشا وحدهما أجيبا إلى طلبهما ، وكذلك إذا لم يكن له مال ولكنه يتكسب وكسبه يزيد عن حاجته بما يفي بحاجة والديه فإن امتنع أجبر على ذلك حتى لو كان الأب قادراً على الكسب وطرقه ميسرة له لما قلنا سابقاً .

فإن كان ما يفضل عن حاجته لا يكفي إلا أحدهما فالأم أحق به من الأب إن لم تكن متزوجة بغير أبيه في قول عند الحنفية ، ويؤيد ذلك حديث

البر السابق فإن رسول الله ﷺ قدم بر الأم على بر الأب بل وأكده ثلاثا ، والانفاق عليها نوع من البر فتقدم على الأب ، وقيل يقسم هذا القدر بينهما .

والجعفرية يقررون أن الأب إذا كان قادراً على الكسب لا نفقة له على ابنه ، لأنهم يشترطون فيمن تجب له النفقة عموما أن يكون عاجزاً عن الكسب ، وفي هذه الحالة يكون الفائض للأم ، فإن كان الأب عاجزاً عن الكسب يعطي هذا القدر لهما إن أمكن انتفاعهما به وإلا أقرع بينهما .

فإن كان كسب الفرع لا يزيد عن حاجته لا تجب عليه نفقة لأحد من الأصول ، لأن شرط وجوبها أن يفضل ماله عن قوته وقوت زوجته ليومه الحاضر وليلته ، لأنها مواساة وهو ليس من أهلها [1] .

أما الحنفية فيقررون أنه لا تفرض للأصل نفقة خاصة وإنما يجب عليه في هذه الحالة إذا كان له أولاد أن يضم أصله أبا أو أماً إليه ليعيش معه ومع أولاده ، والمقاسمة في الطعام لا يترتب عليها ضرر كبير ، فإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفي الأربعة .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « لو أصاب الناس السنة [2] لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم »

فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فإنه يجب عليه ضم أبيه إليه إن كان عاجزاً عن الكسب لأي سبب ، لأنه ليس من المروءة أن يترك أباه العاجز يموت جوعاً أو يسأل الناس وهو يعيش في كفاية وكذلك أمه ولو كانت قادرة على الكسب ، لأن الأنوثة في ذاتها عجز حكمي كما قدمنا .

---

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٣ ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٤٦

(٢) السنة : الشدة والمجاعة

أما إذا كان أبوه قادرا على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك قضاء ، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عجزه عن الكسب حيث يضعف بمرور الأيام لعدم تكامل غذائه ، وربما أدى ذلك إلى هلاكهما معاً ، ورسول الله ﷺ يقول : « أبدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

والأصل أن كل قادر على العمل يجب عليه السعي ليأكل من كسب يده ، استثنى منه حالة ما إذا كان للولد فضل كسب فإنه يصرفه إلى أبيه ليوفر له الراحة ويريحه من الكد وعناء العمل في أخريات حياته لأنه مقتضى الأحسان المأمور به .

أما حالة عجز الأب عن العمل ولا فضل لولده من كسبه فهي حالة ضرورة وهي تقدر بقدرها وعلى الولد فيها أن يضاعف جهده في العمل ليزيد كسبه

الفصل الثالث

في نفقة الحواشي وهم الأقارب غير الأصول والفروع

قدمنا أن القرابة الموجبة للنفقة عند الحنفية هي القرابة المحرمية دون نظر للاتحاد في الدين بين الأصول والفروع ، أما غيرهم فلا بـــد من ذلك لتتحقق فيهم أهلية الأرث .

وعلى هـــذا يكون المراد بالحواشي هنا الأقارب من غير الأصول والفروع قرابة نسبية محرمية أي يحرم فيهـــا على القريب أن يتزوج قريبة لو افترضنا أحدهما ذكراً والآخر أنثى كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات، فهؤلاء تجب لهم النفقة إن كانوا أهلا للأرث وإن لم يكونوا وارثين بالفعل لقوله جل شأنه « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فالموجب للنفقة القرابة النسبية المحرمية مع أهلية القريب للأرث في الجملة .

فإذا كانت قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع ، أو كانت نسبية ولكنها غير محرمية كأولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، أو كانت

نسبية محرمية ولكن صاحبها ليس أهلاً للميراث . كالأخوة المخالفين في الدين[1] فإن هذه الأصناف لا تجب لها النفقه لعدم توافر الصفات الموجبة لها . وقد قدمنا الأدلة على ذلك .

ويشترط لوجوب نفقة هؤلاء الأقارب من ذوي الأرحام المحارم .

١ - أن يكون من تجب له النفقة ومن تجب عليه متحدين في الدين لأن سبب وجوب النفقة لهؤلاء هو القرابة المحرمية مع استحقاق الأرث في الجملة ، ولا توارث بين المختلفين في الدين .

٢ - أن يكون من تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لسبب من الأسباب كالصغر والأنوثة والمرض المزمن وغيرها ، فلو كان قادراً على الكسب وإن لم يكن له مال لا تجب له نفقة على غيره ، لأن القدرة على الكسب غنى .

٣ - أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً ، لأن النفقة على ذي الرحم المحرم صلة وهى لا تجب إلا على الأغنياء .

ويتحقق اليسار الموجب للنفقة عند أبي يوسف بملك نصاب الزكاة زائداً عن حوائجه الأصلية لأنه يعتبر غنياً بهذا والنفقة صلة لا تجب إلا على الأغنياء .

وفرق محمد بن الحسن بين صاحب الغلة (المورد الثابت) وبين صاحب الحرفة ، فقدّر يسار الأول بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر لينفق منه على قريبه ، فإن لم يفضل منه هذا القدر لا تجب عليه نفقة ، وقدّر يسار الثاني بما يفضل

---

(١) وكذلك القريب النسبي المحرم الذي جاءت حرمته بسبب غير القرابة كبنت العمة التي رضعت مع ابن خالها من امرأة واحدة فهذه وإن حرم عليه تزوجها لكن الحرمة جاءت من طريق الرضاع لا من قبل القرابة النسبية .

عن نفقته ونفقة عياله من كسبه اليومي ، لأن النفقة وجبت لدفع الهلاك عـــن القريب فيجب على من قدر على ذلك ، والذي يزيد كسبه عن حوائجه وحوائج عياله يعتبر قادراً على دفع الهلاك عن قريبه .

وقد اختار رأي محمد الكمال بن الهمام وغيره ، وقال عنه صاحب البدائع:[1] إنه الأوفق ، لأنـــه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال وهو الأوفق لزمننا ، لأن ملك نصاب الزكاة لا يعتبر غنى يوجب الأنفـــاق على الغير لأن النفقة متجددة ، فماذا يغني النصاب الذي قد يستهلك في شهور ويصبح صاحبه فقيراً بعد أن كان غنياً بخلاف الفائض اليومي .

هذا ويشترط لوجوب أدائها قضاء القاضي بهـــا أو التراضي عليها ، ولهذا لو ظفر الفقير من هؤلاء بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذه قبل القضاء أو التراضي بخلاف نفقة الأصول والفروع كما قدمنـــا عند عرض أصول النفقات .

فإذا توافرت هذه الشروط وجبت النفقة ، وحينئذ إن لم يكن للفقير المحتاج إلا قريب واحد قادر عليها وجبت عليه وحده ، وإن كان له أكثر من قريب قادر على الأنفاق ، فإما أن يكونوا كلهم من ذوي الأرحام أولا بأن يكون بعضهم محرماً والآخر غير محرم .

فإن كان فيهم غير محرم فالنفقة على القريب المحرم ما دام أهلاً للأرث في الجملة وإن كان الآخر هو الوارث بالفعل . كما لو كان للمحتاج خال وابن عم فالنفقة على الخال وحده لكونه من ذوي الأرحام ، ولا تجب على ابن العم وإن

(١) ج ٤ ص ٣٥

كان هو الوارث بالفعل لأنه غير محرم .

وإن كانوا كلهم من ذوي الأرحام ولهم أهلية الأرث . فإن كانوا كلهم وارثين بالفعل وجبت عليهم النفقة على حسب أنصبائهم في الميراث ، وإن كان بعضهم وارثاً بالفعل والآخر محجوباً عنه وجبت على الوارث بالفعل واحداً كان أو أكثر حسب أنصبائهم .

فمن كان له أخ شقيق وأخوان لأم كانت النفقة عليهم بنسبة أنصبائهم على الأخ الشقيق الثلثان ، وعلى الأخوين لأم الثلث مناصفة .

ولو كان له أخت شقيقة وعم وأخت لأم فعلى الشقيقة النصف وعلى الأخت لأم السدس وعلى العم الثلث لأن نصيب الشقيقة في الميراث النصف فرضاً ، والأخت لأم السدس فرضاً ، والعم الباقي بالتعصيب وهو الثلث ولو كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم وزعت النفقة عليهم حسب أنصبائهم في الميراث ، فعلى الشقيقة ثلاثة أخماسها وعلى كل من الآخرين خمسها . وذلك لأن نصيب الشقيقة بالفرض نصف التركة $\frac{٣}{٦}$ ، والأخت لأب سدسها تكملة للثلثين $\frac{١}{٦}$ ، ونصيب الأخت لأم السدس فرضاً $\frac{١}{٦}$ فالمسألة من ٦ فيبقى منها سهم يرد عليهم بقدر أنصبائهم التي هي ٣ ، ١ ، ١ ..

وإذا كان له أخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم كانت النفقة على الشقيق والأخ لأم . سدسها على الأخ لأم ، لأن نصيبه في الميراث السدس ، وخمسة أسداسها على الشقيق ، لأنه عاصب يأخذ الباقي ، ولا شيء على الأخ لأب لأنه لا يرث لحجبه بالأخ الشقيق .

وإذا كان له خال وعم كانت النفقة على العم وحده لأنه الوارث ، ولا شيء

على الخال لأنه من دوي الأرحام وهم لا يرثون مع وجود العاصب [1] .

هذا إذا كان كل المحارم موسرين ، فإن كان بعضهم معسراً لا تجب عليه نفقة لعدم توفر شرط وجوبها وتجب على الباقين بنسبة أنصبائهم في الميراث ، وتحت ذلك صورتان .

الأولى : أن يكون ذلك المعسر يحوز كل التركة عند اجتماعه مع الآخرين ، **والثانية** : أن يكون صاحب نصيب فيها فقط .

ففي الصورة الأولى نفترضه معدوماً ، ونعتبر الموسرين هم الورثة ونقسم التركة عليهم ، وبعد معرفة نصيب كل منهم نقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر أنصبائهم ، فإذا كان للقريب المحتاج عم معسر ، وعمة وخالة موسرتان ، فالعم هنا الوارث يأخذ كل التركة لأنه عاصب ، والعمة والخالة من ذوي الأرحام لا ميراث لهما مع العاصب ، فنفترض العم غير موجود ، فتكون العمة والخالة وارثتين ، فتقسم التركة عليهما أثلاثاً للعمة الثلثان لأنها من أقارب الأب ، وللخالة الثلث لأنها من أقارب الأم ، فتقسم النفقة عليهما أثلاثاً على العمة الثلثان ، وعلى الخالة الثلث ، وكذلك لو كان مكان الخالة خال كان عليه ثلث النفقة ، لأن نصيبه في الميراث هنا الثلث .

وفي الصورة الثانية : نقسم التركة على الكل بما فيهم المعسر ليعرف نصيب كل واحد ، وبعد معرفة نصيب كل واحد من الموسرين نقسم النفقة عليهم حسب أنصبائهم .

فلو كان له أخت شقيقة معسرة وعم وأخت لأم فالتركة إذا قسمت عليهم

---

(1) وعند الجعفرية النفقة عليهما بالسوية ، لأن العم عندهم ليس عاصبا ، بل هو مثل الخال يرثان عند عدم أصحاب الفروض ، وهذا على قول من يقول بوجوب النفقة لغير الأصول والفروع .

كان للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأم السدس، وللعم البـــاقي بالتعصيب وهو الثلث والمسألة من ٦ للشقيقة منها ٣ ، وللأخ لأم ١ ، وللعم ٢ يلغى نصيب الأخت ونقسم النفقة على العم والأخت لأم أثلاثاً على العم الثلثان، وعلى الأخت لأم الثلث .

ولو كان له أخ شقيق معسر وعم وأخت لأم فالعم هنا غير وارث بالفعل فينحصر الميراث في الأخ الشقيق والأخت لأم ، وبما أن الشقيق معسر تكون النفقة كلها على الأخت لأم وحدها [٢] .

(٢) راجع المبسوط ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها . البدائع ج ٤ ص ٣٣

الفصل الرابع

في ترتيب وجوب النفقة إذا اجتمع للمحتاجين اكثر من نوع من أقاربه

الحالات السابقة كانت النفقة فيها واجبة على نوع واحد من الأقارب . أصول فقط ، أو فروع فقط أو حواشي فقط واحداً أو أكثر من كل نوع ، وقد يجتمع للمحتاجين أقارب من نوعين أو أكثر وهي حالات أربع فقد يجتمع له أصول وفروع ، أو أصول وحواشي ، أو فروع وحواشي ، أو أصول وفروع وحواشي

وإليك بيان من تجب عليه النفقة في تلك الحالات

الحالة الأولى اجتماع الأصول والفروع .

إذا اجتمع للمحتاج للنفقة أصول وفروع وتوفر فيهم شرط وجوب النفقة عليهم وجبت النفقة على أقربهم دون اعتبار الأرث **عند اختلاف الدرجة :**

فمن كان له أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، ولو كان مكان الأب أم وجبت

النفقة عليها ، ولو كان له أب وأم وابن ابن كانت النفقة على الأب وحده لأن الأب لا يشاركه أحد في نفقة أولاده كما سبق .

ومن كان له أبو أب أو أبو أم وابن ابن ابن فالنفقة على الجد في الصورتين ، وإن كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث ، وابن ابن الأبن وارث في الحالتين .

ولا يقال : كيف تجب النفقة على أبي الأم وهو غير وارث ، لأن النفقة هنا تقوم على الجزئية والقرب وهو أقرب من ابن ابن الأبن كما تقدم في نفقة الفروع على الأصول في الحالة الثالثة .

وإن تساووا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل شرعي يرجح وجوبها على أحدهم ، فلو كان للمحتاج جد لأب وابن ابن وجبت النفقة عليها بنسبة ميراثها على الجد السدس ، وعلى ابن الأبن خمسة أسداسها لاتحاد درجتها في القرابة .

ولو كان مكان ابن الأبن بنت وجبت النفقة عليها وعلى الجد مناصفة لأن نصيب البنت في الميراث النصف ، ونصيب الجد السدس فرضاً والباقي تعصيباً .

ولو كان له أب وابن وجبت النفقة على الأبن وحده لوجود الدليل وهو أن للأب شبهة حق وملك في مال ولده لحديث « أنت وما لك لأبيك » فيترجح وجوب النفقة عليه بهذا الدليل .

ولهذا قرر الفقهاء : إنه لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد كما لا يشارك الأب في نفقة أولاده أحد إذا كان قادراً عليها ولو بالعمل والسعي ، وكذلك لو كان مكان الأب أم فلا نفقة عليها .

وإذا كان له أبو أب وبنت بنت وجبت النفقة على الجد وحده لأنها وإن تساويا في الدرجة إلا إن أحدهما وهو الجد وارث ، والأخرى وهي بنت البنت

غير وارثة فيترجح وجوب النفقة على الجد بالميراث [1] .

ومن هذا العرض ترى أنه عند اجتماع الأصول والفروع تجب النفقة أولا على الأبن المباشر إن وجه لوجود شبهة ملك للأب في ماله ، ومثله البنت ، فإن لم يكن ابن ووجد أب وجبت النفقة عليه وحده لأنه لا يشاركه أحد في نفقة أولاده ، فإن لم يكن لا هذا ولا ذاك اعتبر قرب الدرجة بصرف النظر عن كونه وارثا أو غير وارث ، فإن تساووا في الدرجة فالترجيح بالأرث بالفعل ، فإن كانوا وارثين كلهم وجبت عليهم بنسبة أنصبائهم .

الحالة الثانية وهي اجتماع الأصول والحواشي .

إذا وجـــد للمحتاج للنفقة أقارب من الأصول والحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة عليهم ، فإما أن يكونوا وارثين أو يكون بعضهم وارثاً والآخر غير وارث .

فإن كانوا كلهم وارثين قسمت النفقة عليهم جميعاً حسب أنصبائهم في الميراث لا فرق بين أن يكون الموجود من كل نوع واحداً أو أكثر ، فمن كان له أم

---

(١) أورد على أحكام هذا النوع بأن بعض أحكامه يتعارض مع بعض أحكام اجتماع الأصول فقط فيما إذا اجتمع أم وجد لأب وابن ابن فإن مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والفروع هنا أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها الأقرب ، ومقتضى قاعدة اجتماع الأصول وحدهم السابقة في الحالة الأولى منها أنه إذا اجتمع مع الأم جد لأب تكون النفقة عليهما لأنهما وارثان ، فنرى من ذلك أن الأم إذا وجد معها الجد فقط شاركها في ثلثي النفقة ، ولما وجد معهما ابن ابن وهو وارث أيضاً وجبت النفقة عليها وحدها مع أن نصيبها في الحالة الأولى في الميراث الثلث ، وفي هـــذه الحالة نصيبها السدس فقط وهو أمر غريب جداً . وفي رأيي أن الغرابة لم تنشأ عن الطريقة في هذا القسم لأنها سليمة ومستقيمة ، وأما الطريقة هناك في هذه الحالة فهي منشأ الغرابة وقد سبق أن نقدناها وبينا أنه كان الأوفق أن تكون النفقة على الأقرب في حالة ما إذا كانوا كلهم وارثين .

وأخ شقيق أو لأب فنفقته عليهما أثلاثاً على الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان لأنه عاصب يأخذ الباقي بعد نصيب الأم وهو الثلث .

وإن كان مكان الأخ أخوان أو أكثر كلهم أشقاء أو لأب كان على الأم السدس لأن ميراثها مع الجمع من الأخوة السدس ، وعلى الأخوة الباقي بالتساوي .

ولو كان له جدة لأم وجدة لأب وأخ لأم وأخ لأب كانت النفقة عليهم حسب أنصبائهم فعلى الجدتين السدس مناصفة ، وعلى الأخ لأم السدس ، وعلى الأخ لأب البـــاقي وهو الثلثان .

وإن كان أحد النوعين وارثا والآخر غير وارث : فإن اعتبار الأرث يلغى وتكون النفقـــة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين والحواشي أقرب منهم .

فمن له جد لأم وأخ شقيق أو عم كانت النفقة على الجد لأم ، لأن أحـــد النوعين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والآخر غير وارث وهو الجد لأم .

وهذا - كما ترى - أمر غريب لأن الأصل لو كان وارثا شاركه من كان من الحواشي في النفقة ، وإذا كان غير وارث انفرد بالنفقة ، وأغرب من هـذا إذا كان الأصل غير وارث وهو أبعد ممن كان من الحواشي كما في جدة غير صحيحة كأم أبي الأم ، وأخ شقيق فإن النفقة تجب على الجدة وهي أبعد من الأخ وغير وارثه ، ولو قارناهذه المسألة بمسألة ما إذا كان مع الأخ أو العم أم فإنها يشتركان في النفقة لازدادت الغرابة .

ولو كان له أبو أب وعم شقيق كانت النفقة على الجد لأن أحـــد الصنفين وارث والآخر غير وارث .

وكذلك لو كان مكان العم أخ شقيق عنـــد أبى حنيفة ، لأن الجد يحجب

الأخوة وهو الراجح في المذهب الحنفي وقد كان هذا هو المعمول به في الميراث وفي النفقة قبل صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

أما بعد صدوره فقد تغير العمل وأصبح الجد يشارك الأخوة في الميراث ، وبناء عليه تغير العمل في النفقة فصار المعمول به مذهب الصاحبين ، فتكون النفقة هنا مناصفة بين الجد والأخ

هذا إذا كان الموجود من كل نوع واحداً . فإن وجد في كل نوع أكثر من واحد فإننا ننظر لكل نوع على حدة ونرجح من ترجحه القواعد الخاصة به ، ثم نطبق قاعدة اجتماع النوعين ونفرض النفقه على من تجب عليه .

فإذا اجتمع للمحتاج للنفقـــة أم وجد لأم وأخ شقيق وعم ، فإذا نظرنا للأصول نجد الأم أقرب وهي وارثة ، والجد لأم أبعد وغير وارث فيستبعد ، وإذا نظرنا إلى الحواشي وجدنا الأخ هو الوارث ويحجب العم فيستبعـــد العم كذلك وما بقي من النوعين وارث فتجب النفقة عليهما بنسبة الميراث فعلى الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان .

وإذا كان له أم وجد لأب وأخ شقيق فعلى رأي أبى حنيفة الذي يحجب الأخوة بالجد فتكون النفقة على الأصول وحدهم وكان مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والحواشي وأحد النوعين وارث والآخر غير وارث أن تكون النفقة على الجد والأم أثلاثاً ، غير أنه وجد هنا مانع من مشاركة الأم للجد في النفقة ، وهو أن الجد عند حجبه للأخوة يعتبر أبا حكما فآلت المسألة إلى اجتماع الأم والأب وعند اجتماعهما تكون النفقة على الأب وحده فتكون النفقة هنا على الجد وحده [١] وهو الراجح في المذهب الحنفي ، ولو اجتمع جد لأب وجد لأم

---

(١) يقول ابن عابدين في رد المحتار ج ٢ ص ٧٣٧ : وجه ذلك أن الجد يحجب الأخ لتنزيله=

وأخ شقيق فإن النفقة على الجد وحده أيضاً عند أبي حنيفة لأن الجد لأب ترجح على الجد لأم حسب قواعد اجتماع الأصول فقط وهو أن النفقة على الوارث فلا يعتبر الجد لأم موجوداً فيبقى الجد لأب من الأصول ، والأخ من الحواشي ، وأحد النوعين وارث والآخر غير وارث فتكون النفقة على الأصول حسب قاعدة اجتماع الأصول مع الحواشي .

وعند الصاحبين النفقة على الجد لأب والأخ مناصفة حسب الميراث لأن كلا من النوعين وارث بعد استبعاد الجد لأم . وعلى رأيهم يجري العمل في مصر .

الحالة الثالثة وهي اجتماع الفروع والحواشي .

إذا اجتمع للمحتاج للنفقة فروع وحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة تكون على الفروع فقط لأن العبرة هنا يكون المنفق جزءاً من المنفق عليه، فتسقط الحواشي بوجود الفروع ويصرف النظر عن القرب والميراث في مجموع النوعين .

فلو كان للمحتاج بنت وأخت فالنفقة على البنت وإن كانت الأخت ترث مع البنت .

ولو كان له بنت بنت مع الأخت أو الأخ فالنفقة على بنت البنت وإن لم تكن وارثة حتى ولو كانت مخالفة في الدين لمن وجبت له النفقة ، لأنه لا اعتبار للأرث في نفقة الفروع للأصول فإذا تعددت الفروع تطبق القاعدة السابقة فيقدم الأقرب فالأقرب ، وإن تساووا في الدرجة كانت النفقة على الكل بالتساوي لا فرق بين

= منزلة الأب وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة فكذا إذا كان موجوداً حكما فتجب على الجد فقط ، بخلاف ما لو كان للفقير أم وجد لأب فقط فإن الجد لم يترل منزلة الأب فوجبت عليهما أثلاثاً في ظاهر الرواية .

وارث وغير وارث ولا بين ذكر وأنثى [1] .

فإن كان الفرع في هـــذه الصورة معسراً ولا يقدر على الكسب وجبت النفقة على الحواشي باعتبار أنصبتهم في الميراث .

فإن كان الفرع في هذه الحالة يحوز كل التركة يفترض معدوماً ليمكن اعتبار الحواشي وارثين وتقسم النفقة عليهم حسب أنصبائهم في الميراث .

فلو كان للفقير ابن معسر عاجز عـــن الكسب وأخ شقيق وأخوان لأم موسرون نعتبر الابن معدوماً لأنه يحوز كل الميراث فيكون الميراث للأخوة الثلاثة بعد افتراض الابن غير موجود فتجب النفقة عليهم حسب أنصبائهم في الميراث ، فيكون على الأخوين لأم الثلث مناصفة لأن نصيبهم في الميراث ذلك ، وعلى الأخ الشقيق الباقي لأنه يحوز بقية التركة بالتعصيب.

وإن كان الفرع المعسر لا يحوز كل التركة فلا يفرض معدوماً بل تقسم التركة على الفروع والحواشي ويسقط نصيب المعسر ، وتقسم النفقة على الحواشي الوارثين حسب أنصبائهم .

فلو كان له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ لأم فلا تفرض البنت معدومة لأنها لا تحوز كل التركة بل ننظر إلى ميراث الأخوين معها فنجد أن البنت تستحق نصف التركة ، وللأخ الشقيق الباقي ولا شيء للأخ لأم لأنه محجوب بالبنت ، فيكون الوارث من الحواشي هو الأخ الشقيق فتجب النفقة عليه وحـــده لعسر البنت .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٧٣٧ .

الحالة الرابعة وهي اجتماع الأصول والفروع والحواشي .

إذا اجتمعت الأنواع الثلاثة وتوافرت فيهم شروط إيجاب النفقة فلا اعتبار للحواشي لأنهم يسقطون بالفروع كما في الحالة السابقة ، وتكون النفقة على الأصول والفروع وتطبق قاعدة اجتماعهم كما شرحناه في الحالة الأولى من حالات الاجتماع .

وهي أن النفقة تجب على أقربهم دون اعتبار الأرث عند اختلاف درجاتهم، وإن تساووا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل يرجح وجوبها على أحدهم كما إذا كان للمحتاج أب وابن فإن النفقة تكون على الابن وحده ، أو كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث فإن النفقة تكون على الوارث وحده .

هذا إذا كان الأصول والفروع قادرين على النفقة ، أما إذا كانوا غير قادرين عليها فالنفقه تجب على الحواشي في هذه الحالة ونطبق قاعدة الأعسار السابقة .

فلو كان للمحتاج أم وبنت معسرتان وجدة لأب وعم وأخ لأم موسرون فالنفقة هنا على العم وحده ، لأن الميراث هنا للأم والبنت والعم ، أما الجدة فهي محجوبة بالأم ، والأخ لأم محجوب بالبنت لأن الأم والبنت معسرتان لا تحوزان كل الميراث فلا يفترض عدمهما ، وتقسم التركة على الأم والبنت والعم ، للأم السدس وللبنت النصف وللعم الباقي .

ولو كان مكان البنت ابن معسر وعاجز عن الكسب فيفرض الأبن معدوماً لأنه يأخذ بقية التركة بعد نصيب الأم ، ولأنه لو فرض موجوداً لحجب الحواشي والفرض أن الأم معسرة فلا يوجد من تفرض عليه النفقة ، أما الأم فلا تفرض معدومة لأنها لا تحوز كل التركة .

وإذا فرض الأبن معدوماً لا يحجب الأخ لأم ، ولما لم تفرض الأم معدومة

فتحجب الجدة بهـــا وتصبح المسألة من اجتماع الأصول والحواشي وكلهم ورثة فتكون النفقة عليهم حسب الميراث وتعفى الأم لعسرها ، وعند تقسيم التركة بين الأم والعم والأخ لأم يكون للأم الثلث ، وللأخ لأم السدس ، وللعم الباقي وهو النصف ، والمسألة من ٦ نسقط منها ٢ نصيب الأم ، ويبقى للعم ٣ وللأخ لأم ١ ، فتقسم النفقة عليهما على الأخ لأم ربعها ، وعلى العم باقيها .

تلك هي القواعد التي تفرض على أساسها النفقة للأقارب في المذهب الحنفي وهو المعمول به في مصر وفي المحاكم السنية بلبنان ، وقد رأيت ما فيه من بعض الغرائب لذلك عدل عنه واضعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد في مصر في بعض المسائل إلى المذاهب الأخرى ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وبانتهاء مباحث الكتاب أجدني ملزماً بأن أختمه كما بدأته بحمد الله الذي أحاط بكل شيء علماً على عونه وتوفيقه . هاتفاً في خشوع « سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا » سائلاً إياه في ضراعة أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم . نافعاً لكل من أراد الاستفادة منه حتى يبقى عملي موصولاً إنه أكرم مسئول ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وصل اللهم على خاتم النبيين وإمام المرسلين ، وعلى آله الأطهار ، وصحبه الأبرار وعلى كل من اقتدى بهم ، وسار على دربهم إلى يوم الدين .

المؤلف



